

İSLAM HUKUKU ARAŞTIRMALARI DERGİSİ

Sayı: 30
Ekim 2017



www.islamhukuku.com

www.islamhukuku.org

www.islamhukuku.net

ISSN 1304-1045



İSLAM HUKUKU ARAŞTIRMALARI DERGİSİ

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

Journal of Islamic Law Studies

مجلة البحوث الفقهية الإسلامية

Sayı / Number / العدد : 30

Yıl / Year / السنة : 2017

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

Sahibi / Publisher / صاحبا

Mustafa ÖZDEMİR

Mehir Vakfi / Mehir Foundation / مؤسسة المهير لتوزيع الشباب

Editör / Editor-in-Chief / رئيس التحرير

Prof. Dr. Saffet KÖSE

Editör Yardımcısı / Associate Editor / مساعد رئيس التحرير

Yrd. Doç. Dr. Hasan ÖZER

Yayın Kurulu / Editorial Board / هيئة التحرير

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

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

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

Yayın Takip / Editorial Secretary / سكرتير التحرير

Yrd. Doç. Dr. Huzeyfe ÇEKER

Kitap Tanıtımı / Book Review / حول الكتب

Yrd. Doç. Dr. İsmail BİLGİLİ

Özetler / Summaries/Translation / ملخصات

Yrd. Doç. Dr. Yusuf SAYIN

Bibliyografya Kontrol/ Bibliographic Control / مراجعة المصادر

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

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

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

Yazı İşleri Müdürü / Editorial Assistant

Abdullah ŞAFAK

e-mail: ihad2003@gmail.com

ISSN 1304-1045

Kapak: Prof. Dr. Muhittin OKUMUŞLAR

Mizanpaj: Furkan Selçuk ERTARGİN, macfurkan@gmail.com

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

İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi Index Islamicus tarafından taranmaktadır.

Journal of Islamic Law Studies is indexed by Index Islamicus.

Basım Tarihi: Ekim 2017

Yayın İlkeleri

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

Principles and Regulations for Publication

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

قواعد النشر وشروطه

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

30. Sayı Hakemleri

Abdullah ÇOLAK (Prof.Dr.) | Abdullah KAHRAMAN (Prof.Dr.) | Abdülkadir KABDAN (Dr.) | Abdülkerim BAHADIR (Prof.Dr.) | Abdülkerim ÜNALAN (Prof.Dr.) | Adem ÇİFTÇİ (Yrd.Doç.Dr.) | Adnan KOŞUM (Prof.Dr.) | Ahmet AYDIN (Yrd.Doç.Dr.) | Ahmet EKŞİ (Yrd.Doç.Dr.) | Ahmet ÜNSAL (Prof.Dr.) | Ali İhsan PALA (Prof.Dr.) | Ali PEKCAN (Dr.) | Alimcan BUĞDA (Yrd.Doç.Dr.) | Fatih ORHAN (Yrd.Doç.Dr.) | Haluk SONGUR (Prof.Dr.) | Hasan HACAK (Prof.Dr.) | Hasan ÖZER (Yrd.Doç.Dr.) | Huzeyfe ÇEKER (Yrd.Doç.Dr.) | Hüseyin KAHRAMAN (Prof.Dr.) | İbrahim YILMAZ (Doç. Dr.) | İsmail BİLGİLİ (Yrd.Doç.Dr.) | İzzet MARANGOZOĞLU (Yrd.Doç.Dr.) | M. Bahattin ALPHAN (Arş.Gör.) | M. Salih KUMAŞ (Yrd.Doç.Dr.) | M. Sami BAYBAL (Prof.Dr.) | M. Zeki UYANIK (Yrd.Doç.Dr.) | Mahmut SAMAR (Arş.Gör.) | Mehmet Ali YARGI (Doç.Dr.) | Mehmet DİRİK (Doç.Dr.) | Mehmet ERDOĞAN (Prof.Dr.) | Muammer ARANGÜL (Yrd. Doç.Dr.) | Muharrem ÖNDER (Doç.Dr.) | Murat ŞİMŞEK (Doç.Dr.) | Mustafa KELEBEK (Yrd.Doç.Dr.) | Mustafa TAYAR (Prof.Dr.) | Nail OKUYUCU (Yrd.Doç.Dr.) | Nasir ASLAN (Prof.Dr.) | Necmettin KIZILKAYA (Doç.Dr.) | Nuri KAHVECİ (Prof.Dr.) | razsahet ORAZOV (Yrd.Doç.Dr.) | Orhan ÇEKER (Prof.Dr.) | Ömer Faruk HABERGETİREN (Yrd.Doç.Dr.) | Recep CİCİ (Prof.Dr.) | Rifat TÜRKEL (Yrd.Doç.Dr.) | Sabri ERTURHAN (Prof.Dr.) | Saffet KÖSE (Prof.Dr.) | Suliman ALOMİRAT (Yrd.Doç.Dr.) | Süleyman KAYA (Doç.Dr.) | Şevket TOPAL (Prof.Dr.) | Temel KACIR (Yrd.Doç.Dr.) | Uğur Bekir DİLEK (Yrd.Doç.Dr.) | Ünal YERLİKAYA (Yrd.Doç.Dr.) | Vecdi AKYÜZ (Prof.Dr.) | Yunus Vehbi YAVUZ (Prof.Dr.) | Zeki KOÇAK (Doç.Dr.)

Adres / Address / العنوان :

Musalla Bağları Mahallesi Sarınc Sokak No: 2 - Selçuklu / KONYA
Tel: 0332 236 14 60 - Fax: 0332 236 14 65
www.mehir.org

Mehir Vakfı, Türkiye Gönüllü Teşekküller Vakfı (TGTV) ve
İslam Dünyası Sivil Toplum Kuruluşları Birliği (İDSB) üyesidir

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

Editör'den	7-8
Nikâh -Hak ve Değer Bağlamında Fıkhi Bir Analiz- <i>Islamic Marriage Contract / Nikâh - A Fiqhi Analysis in the Context of Rights and Values-</i> Prof. Dr. Saffet KÖSE	9-44
Molla Hüsrev'in Fatih'e Sunduğu Fıkıh Usûlü Risâlesinin Tahlil ve Tercümesi <i>Translation and Analysis of Molla Husrev's Booklet of Fiqh Method that He Presented to Fatih Sultan Mehmed</i> Yrd. Doç. Dr. Hasan ÖZER	45-70
Nehyin Muktezası: Yasaklanan Fiilin Hükmü ve Hukukî Sonuç Doğurması <i>Required Meaning of Prohibition: Legal Status of Prohibited Act and It's Bring Legal Consequence</i> Yrd. Doç. Dr. Fatih ORHAN	71-91
Günümüze Ulaşan İlk Metinlerde Hadis ve Sünnet Kavramı <i>The Concepts of Hadith and Sunnah in the Early Texts</i> Yrd. Doç. Dr. Mansur KOÇİNKAĞ	93-116
Yürürlük (Mahkeme Kararları) Örneklerinden Hareketle Osmanlı Ceza Hukukundaki Fetva-Kazâ İlişisine Bakış <i>Approach to The Reference of Fatwa and Judgment in The Ottoman Criminal Law Based on The Samples of Law Enforcement (Court Decisions)</i> Dr. Mehmet KOÇ	117-138
İslâm Ceza Hukukuna Göre Olay Yeri İnceleme <i>Crime Scene Investigation In Accordance With The Islamic Criminal Law</i> Yrd. Doç. Dr. Şevket PEKDEMİR	139-155
أحكام القتل الخطأ الناتج عن حوادث المرور في الفقه الإسلامي <i>İslam Hukukunda Hataen Yapılan ve Ölüm ile Sonuçlanan Trafik Kazalarının Hükümleri</i> بهاء الدين الجاسم	157-177
Hanefî Mezhebinde Kurala Aykırılıktan (İstihsan) Kurala (Kıyas) Dönüş <i>ترجيح القياس على الاستحسان عند الحنفية</i> Arş. Gör. Yusuf Erdem GEZGİN	179-203
Hanefî Fıkıhında Tedâhül İlkesinin Kapsamına Dair Bir İnceleme <i>An Investigation About the Scope of the Principle of Tadahul in the Hanafi Jurisprudence</i> Dr. Mustafa Bülent DADAŞ	205-237
Çok Hukukluluk ve Aracılık/Tahkim Bağlamında Osmanlı ve Türk Hukuk Sistemlerinin Karşılaştırılması <i>A Comparative Study of The Ottoman and the Modern Turkish Legal Systems in the Context of Legal Pluralism and Arbitration/Mediation</i> Prof. Dr. Recep ÇİĞDEM	239-255
الحق وأنواعه في الفقه الإسلامي <i>İslam Hukukunda Hak ve Çeşitleri</i> الدكتور أحمد البراء فيض الله	257-272
Bir Finansman Yöntemi Olarak İsticrâr Akdi <i>Bai-Istijrar As a Method of Financig</i> Yrd. Doç. Dr. Temel KACIR	273-297
Dini Nikâh - Resmî Nikâh Karşılaştırması ve Müftülere Nikâh Görevinin Verilmesi <i>The Comparison of Marriage and Its Results from the Point of view of Islamic Law and Civil Law</i> Muhammed ERİNÇ	299-336

İslam Aile Hukukunda Bid'i Talak Meselesi*The Issue of "Bid'i Talaq" in Islamic Family Law*

Doç. Dr. Ülfet GÖRGÜLÜ 337-363

La Conversion De L'épouse Au sein D'un Couple Non Musulman*Gayrimüslim Bir Çiftten Bayanın Müslüman Olması Durumu*

Dr. Gökmen ÇITAK 365-384

Fıkıh Açısından Karşı Cinsle Dokunmanın Abdeste Etkisi*The Effect of Touching the Opposite Gender on Oblution within the Context of Fiqh*

Prof. Dr. Sahip BEROJE 385-421

Hayvansal Yan Ürünlerin Ticaretinde Helállik Sorunu*The Problem of Permissibility In The Trade of Animal By-Products*

Yrd. Doç. Dr. Hüseyin BAYSA 423-437

Hayvan Refahı Bağlamında Fıkıhta Hayvan Kesimi*Animal Slaughter In Fiqh In the Context of Animal Welfare*

Prof. Dr. Adnan KOŞUM 439-460

Patolojik Tıbbi Atık ve Mükerrerlik Vasfı Arasında Cenin*Fetus between Pathological Medical Waste and the Qualitative of 'Mukarram'*

Yrd. Doç. Dr. Nurten Zeliha ŞAHİN 461-485

Hanefî Usûl Muhtasarlarının Gelişimi: (I) Usûlü'l-Pezdevî ve Hanefî Usûlündeki Yeri*The Development of The Hanafi Methodology Compendiums: (I) Usûl al-Pazdawi and its Place in Hanafi Methodology*

Doç. Dr. Mehmet BOYNUKALIN 487-526

el-Vikâye, Fıkhü'l-Keydâni ve el-Mukaddime Adlı Eserlerin Karşılaştırılması: Namaz Örneği*A Comparison of al-Wikaya, Fiqhu'l-Kaidani and al-Muqaddima: The Case of Prayer (Salaat)*

Abdylmejit SAHETMAMMEDOV, Prof. Dr. Recep CİCİ 527-550

Merğînânî'nin el-Hidâye Adlı Eserinde İmam Mâlik ve İmam Şâfiî'ye Nisbet Ettiği Bazı Görüşlerin Tahlili*تحليل بعض الآراء الفقهية التي نسبها المرغيناني في كتابه الهداية إلى الإمامين مالك والشافعي*

Dr. Muhammed Hüsnü ÇİFTÇİ 551-585

Vehhâbi Düşüncesinde Hüküm Kaynakları ve Muhammed b. Abdülvehhâb'ın**İlmî Disiplinler İçin Önerdiği Dört Kaide***Sources for Hukm in Wahhâbi Thought and Four Principles that**Muhammad b. 'Abdalwahhâb proposed for Islamic Disciplines*

Yrd. Doç. Dr. Kerime CESUR TURHAN 587-609

*العلوم الاجتماعية والإنسانية: قراءة من منظور إسلامي**İnsan ve Toplum Bilimleri - İslami Bakışla Bir Okuma*

أ. د. صالح قادر الزكي 611-630

*رسالة الاستبدال لشيخ الإسلام قاضي زاده محمد طاهر التوقادي (تحقيق وترجمة)**Tokatlı Şeyhülislâm Kadızâde Mehmet Tâhir'in İstibdâl Risâlesi (Tahkik ve Tercüme)*

Arş. Gör. Yasin ERDEN 631-651

Borcun Borç Karşılığında Feshedilmesi*فسخ الدين بالدين*

Prof. Dr. es-Siddik Muhammed el-Emin ed-DARÎR, Çeviren: Arş. Gör. Mahmut SAMAR 653-665

Mâhiyetin Değişmesi ve Fıkhi Hükümlere Etkisi*تغير الماهية وأثره في الأحكام الفقهية*

Ebû Rızâ Muhammed Nizâmüddin en-NEDVÎ, Çeviren: Arş. Gör. Kezban ALGÜL 667-676

Kitap Tanıtımları*Dr. Fadl b. Abdullah Murâd, el-Mukaddime fi Fikhi'l-asr*

Değerlendiren: Yrd. Doç. Dr. Eren GÜNDÜZ 677-680

Fazlurrahman, İslam

Değerlendiren: Merve OCAK 681-685

Editör'den

İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi 30. sayısına ulaşmış bulunuyor. Bu 15 yıllık bir emeğin ifadesidir. Bu zaman dilimi böyle bir yayın için az bir süre değildir ve bir istikrarı da müjdelemektedir. Şüphesiz bu ana gelinceye kadar öğretim elemanlarımızın çabası, yazıları ve hakemlik ile verdikleri katkı her türlü takdirin üzerindedir. Kendilerine müteşekkîr. Bu bilimsel birikimin yazı ile buluşup ebedileşmesi, hiç şüphesiz Gençleri Evlendirme ve Mehir Vakfı'nın özellikle de Başkan Mustafa ÖZDEMİR'in fedakârca çalışması ile sürmektedir. Şayet Başkan ÖZDEMİR'in çabası olmasa bu derginin araştırmacılarla buluşması oldukça güçleşebilirdi. Kendisine teşekkür ederiz.

Bu sayımız da öncekilerde olduğu gibi oldukça zengin bir muhtevaya sahiptir. İlk yazı **Saffet KÖSE**'ye ait ve hak ve değer bağlamında nikâh konusunu işlemektedir. Bütün ilahi dinlerde kadın-erkek beraberliğini meşru kılan tek yol olan nikâhı yazının birinci bölümünde hak üzerinden, ikinci bölümünde ise değer odaklı olarak ele almaktadır.

Hasan ÖZER, hem fıkıh usulü hem de tarihi açıdan değere sahip bir yazıya imza atmaktadır. Özer, dönemin ulema-sından Molla Hüsvrev'in Fatih Sultan Mehmed'e sunduğu usul-i fıkıh risalesini incelediği makalesinde aynı zamanda Molla Hüsvrev'in hayatı, döneminin siyasi durumu, hocaları, talebeleri ve icazet/hoca silsilesi üzerinde durarak son kısımda da risâlenin tercümesine yer vermektedir.

Fatih ORHAN makalesinde nehyin muktezasını irdelemekte, fıkıh usulünün önemli konularından olan nehyi, gerektirdiği sonuçlar bağlamında mukayeseli olarak ele almaktadır.

Mansur KOÇİNKAĞ son dönemde kaleme alınan bazı eserlerde, İmâm Şâfiî dönemine kadar hadis ve sünnetin farklı olduğu ve Küfelilerin, hadis ve sünnet hususunda Medinelilere yakın bir tutum içinde oldukları, fakat Şâfiî ile beraber her iki kavramın eşanlamlı şekilde kullanılmaya başlandığı, sünnet kavramının muhtevasında bir değişim yaşandığı iddiasını irdelemektedir.

Mehmet KOÇ yazısında mahkeme kayıtlarında yer alan fetvalardan hareketle Osmanlı hukukunda fetva-kaza ilişkisini ele almaktadır. Yazı özellikle şer'î-örfî hukuk ilişkisi, şer'î hukuktan sapma ve keyfî uygulamalar gibi Osmanlı ceza hukuku etrafında tartışılan konulara uygulamadaki somut örnekleri sunması açısından katkı sağlayacak zenginliktedir. Yazarın mevcut inceleme-sinde Osmanlı ceza hukukunun şer'î hukuka uygun olduğu kanaatine ulaşması önemlidir.

Şevket PEKDEMİR makalesinde İslam hukukunda tarihsel süreçte zamanın dönemsel şartları da dikkate alınarak suçlu ile suç arasında bağın kurulmasında olay yeri inceleme çalışmalarının yeri konusunda bir incelemede bulunmaktadır. Yazarın vardığı sonuca göre her ne kadar terim olarak kullanılsa da bugünkü anlamda olay yeri incelemenin örneklerine hem Kur'ânda hem de sünnette rastlanmakta, sahabe döneminden günümüze kadar yetkili makamın izni, ekiplerin oluşturulması, delillerin analizi ve korunması gibi tüm aşamalarıyla adli soruşturmaların en önemli basamaklarından birini oluşturmuştur.

Bahâüddin el-CÂSİM, "Ahkâmü'l- katli'l-hata'i'n-nâtic 'an havâdisi'l-murûr fi'l-fikhi'l-İslâmi" başlıklı makalesinde ölümlü trafik kazalarının fıkhi açıdan sonuçlarını ve özellikle Uluslararası Fıkıh Akademisinin farklı üç toplantısında ele aldığı ancak bir karara varamadığı kefaret hükümlerini ve miktarını ele almaktadır.

Yusuf Erdem GEZGİN'in makalesinde kıyasın istihšana öncelenme nedenleri örnekler üzerinden ele alınmış, istihsânın hükmün belirlenmesinde delil kabul eden ve etmeyen mezheplerin tez ve antitezleri irdelenmiştir.

Mustafa Bülent DADAŞ, "Hanefî Fıkıhında Tedâhül İlkesinin Kapsamına Dair Bir İnceleme" başlıklı makalesinde tedâhülün tanımı, dayandığı esaslar, türleri, özellikle de kefaretlar ve ceza hukuku alanındaki uygulamalara yer verilmiştir.

Recep ÇİĞDEM makalesinde bir arada yaşama modeli bağlamında Osmanlı'daki millet sisteminden de yararlanarak bir analiz yapmakta ve çağdaş Türk hukuku ile mukayeselere yer vermektedir. Makale, coğrafyamızdaki dini ve etnik çatışmalar sebebiyle sosyolojik bir zemine de sahip olan aktüel bir meseleye ışık tutacak niteliktedir.

Ahmed el-Berâ' Feyzullah, "el-Hak ve envâ'u'hü fi'l-fikhi'l-İslâmi" başlıklı makalesinde hak ve çeşitlerini ele almaktadır.

Temel KACIR, "Bir Finansman Yöntemi Olarak İsticrâr Akdi" konulu makalesinde söz konusu akdi, finansman ihtiyacının karşılanmasında yeni bir enstrüman olarak sunmaktadır.

Muhammed ERİNÇ, "Dini Nikâh-Resmî Nikâh Karşılaştırması ve Müftülere Nikâh Görevinin Verilmesi" makalesinde İslam hukuku ve mer'î hukuk açısından nikâhın durumunu incelemektedir. Son zamanlarda Türkiye'de müftülere verilen nikâh kıyma yetkisi sebebiyle konunun güncelliği de bulunmaktadır. Bu açıdan makale bu alandaki tartışmalara katkı sağlayacaktır.

Ülfet GÖRGÜLÜ, “İslam Aile Hukukunda Bid'i Talak Meselesi” makalesinde prosedür dışı boşama olarak ifade edilebilecek olan bid'i talak konusunu analiz etmektedir.

Gökmen ÇITAK, “La Conversion de l'épouse au sein d'un couple non musulman” başlıklı makalesinde Avrupa Fetva ve Araştırmalar Konseyinin (AFAK) evli olan bir kadının Müslüman olduktan sonra gayr-i Müslim eşiyile evliliklerini sürdürebileceklerine dair vermiş olduğu fetva üzerinde durmakta ve eleştirilerde bulunmaktadır.

Sahip BEROJE, makalesinde fıkıh açısından karşı cinsle dokunmanın abdeste etkisini mukayeseli olarak incelemekte ve bu konuda cumhurun görüşünün daha isabetli gözüktüğü sonucuna ulaşmaktadır.

Hüseyin BAYSA, “Hayvansal Yan Ürünlerin Ticaretinde Helâllik Sorunu” konulu makalesinde hayvansal atıkları hayvan yeminde değerlendirmek amacıyla ticareti, bu maddelerin temiz ya da necis oluşu bağlamında ele almış ve sonuçlandırmıştır.

Adnan KOŞUM makalesinde Batıda uygulanan kesim yöntemlerinin hayvan refahına uygun olduğunu, İslam dünyasında ise hayvanların hala geleneksel İslami yöntemlere göre kesildiği için kesim esnasında stres altında olduklarını ve büyük acı çektiklerini ileri süren tezleri ele almakta, iddia edilen aksine geleneksel İslami kesimin Batıdakilere nazaran hayvanlara daha az acı verici olduğu sonucuna ulaşmaktadır.

Nurten Zeliha ŞAHİN incelemesinde modern tıp ile İslam'ın insan bedenine yönelik algısının embriyo, fetüs ve diğer biyolojik maddeler bağlamında bir değerlendirmesini yapmaktadır. Seküler kültüre bağlı faydacı yaklaşımın insan atığından yararlanmaya göre değerlendirme yapmasına karşılık İslam'ın bu tür atıkları insan varlığına ait olması yönü ile ele aldığı ve onun için mükerremlik şeklinde bir değer tanımlaması yaptığını vurgulamaktadır.

Mehmet BOYNUKALIN, Hanefi usul muhtasarlarının gelişimi konulu yazılarının birincisinde Fahrüislam Pezdevî'yi ve onun daha sonraki dönemler üzerinde güçlü bir etkiye sahip olmuş olan muhtasarını incelemektedir. Diğer yazıları da merakla beklenmektedir. Bu seri tamamlandığında Hanefi usul tarihine dair ciddi bir etüt ortaya çıkmış olacaktır.

Abdylmejit SAHETMAMMEDOV ve Recep CİCİ, üç meşhur klasik eseri namaz örneğinde mukayese etmektedir. Önemli bir literatür incelemesi olan bu makale ilmi halde geleneğimizi anlama açısından önemli bilgiler sunmaktadır.

Muhammed Hüsnü ÇİFTÇİ, önemli bir hususa parmak basmaktadır. Türkiye'de ilk defa bir mezhebe mensup âlimin eserlerinde diğer mezhep görüşlerinin ne kadar sağlıklı olduğuna dair ilk makale Saffet KÖSE tarafından “Mezhep Görüşleri ile İlgili Farklı Nakiller” başlıklı makale ile kaleme alınmış ve yayımlanmıştır (*İslami Sosyal Bilimler Dergisi*, III/1, İstanbul 1996, s. 101-128). Dikkat çeken bu konuda daha sonraları bazı tezler de yapıldı. M. H. Çiftçi, “Merğînânî'nin el-Hidâye adlı eserinde İmam Mâlik ve İmam Şâfi'ye Nisbet Ettiği Bazı Görüşlerin Tahlili” başlıklı makalesi aynı yönde bir çalışmadır ve bir mezhebe mensup âlimin eserinde diğer mezheplere ait görüşlerinin hatalı olabileceğine örnekler üzerinden dikkat çekmektedir.

Kerime Cesur TURHAN makalesinde Muhammed b. Abdülvehhâb'ın ilmi disiplinlerle meşgul olanların dinin hükümlerine vakıf olabilmeleri için önerdiği dört kaideyi ele almaktadır. Makalede Vehhâbî düşüncesinde hükümlerin elde edilmesinde kullanılan kaynaklar ve izlenen yol ile beraber dört kaide ve yeri geldiğinde Hanbelî mezhebinin, İbn Teymiyye, İbn Kayyim el-Cevziyye ve bazı Vehhâbîlerin konu ile ilgili görüşlerine de değinilmiştir. Makale ele aldığı konuda önemli bir boşluğu dolduracaktır.

Salah Kadir ez-Zenkî makalesinde betimleyici, analitik ve eleştirel metot kullanarak sosyal ve beşeri bilimlerin dini araştırmalar sahasında kabul edilebilirliğini, objektifliğini sorgulamakta, bu bağlamda İslam hukuku alanına dair değerlendirmelerde bulunmaktadır. Araştırmacılar için ufuk açıcı bir özellik taşımaktadır.

Yasin ERDEN, vakıf malının tamamının veya bir kısmının genellikle mülk mal, nadiren de vakıf mal karşılığı takas yoluyla değiştirilmesi ya da yeni vakıf kurmak amacıyla vakıf malının satılıp yerine satış bedeliyle mal alınması işlemi için kullanılan *istibdâl* ile ilgili Osmanlı Şeyhülislamlarından Kadızâde Mehmet Tahir Efendî'nin risalesinin ilmi neşri yapılmış ve tercüme edilmiştir. Söz konusu inceleme sadece muhtevası açısından değil hukuk tarihi açısından da bir kıymeti haizdir.

Mahmut SAMAR, son dönemin önde gelen İslam hukukçularından merhum **Siddik Muhammed el-Emin ed-Darîr**'in günümüz finans işlemlerinde önemli yer tutan “borcun borç karşılığında feshedilmesi (satılması)” meselesini ele aldığı makalesinin tercümesini okuyucularla buluşturmaktadır. Mütercim çeviride bazı teknik düzenlemelerde de bulunmuştur. Makalenin güncelliği sebebiyle ilim çevrelerinin ilgisini çekeceği söylenebilir.

Kezban ALGÜL, Bangladeş ulemasından **Ebû Rızâ Muhammed Nizâmüddîn en-Nedvî**'nin “Mâhiyetin Değişmesi ve Fıkhi Hükümlere Etkisi” başlıklı makalesini tercüme ederek okuyucularla buluşturmıştır. Konu örnekler üzerinden mukayeseli şekilde incelenmiştir.

30. sayı iki kitap kritiği ile sona ermektedir. **Eren GÜNDÜZ**, Fadl b. Abdullâh tarafından yazılan *el-Mukaddime fi Fikhi'l-asr* adlı eseri; **Merve OCAK** ise Fadlurrahman'ın *İslam* adlı eserini değerlendirmektedir.

Yeni sayılarımızda buluşmak dileğiyle...

NIKÂH

-Hak ve Değer Bağlamında Fikhî Bir Analiz-*

Prof. Dr. Saffet KÖSE**

Özet: Modern dünya, geleneksel değerlerden farklı bir zihniyet üzerine kurulmuştur. Onun hâkim karakterini, bireyin kendi arzularını merkeze alarak belirlediği hak ve özgürlükleri oluşturur. Bu durum, Tanrı'yı merkezden çıkarıp insan odaklı bir yaşam biçimine geçişi ifade eder. Bu bakımdan modernlik ile gelenek arasındaki ilişkiyi anlama açısından "nikâh" önemli bir analiz aracıdır. Çünkü cinsel özgürlük modernliğin en önemli görünüşlerinden birisi iken bütün dinlerde nikâh cinsel hayatın tek meşru kaynağı olarak görülmekte ve onu sınırlamakta ve ihlallere sert müeyyideler öngörmektedir. Bu da nikâhı, gelenek ile modernite arasındaki gerilimin odağına yerleştirmektedir. Bu yazı İslami açıdan hak ve değer bağlamında nikâhı konu almaktadır. Birinci bölümde hak üzerinden nikâh, ikinci bölümünde ise değer odaklı olarak nikâh kavramını ele almaktadır. Nikâhın değerini vurgulama açısından diğer dinlerle de mukayeselere de yer vermektedir.

Anahtar kelimeler: Nikah, İffet, Zina, Şehvet, Hak, Değer.

Islamic Marriage Contract / Nikâh

- A Fiqhi Analysis in the Context of Rights and Values-

Abstract: The modern world is based on a different mindset than the traditional values. The dominant character of this is formed by rights and freedoms of individual desire-based. This refers to the removal of the God from the center and the transition to a human-focused life-style. In this respect, the "marriage contract" is an important tool of analysis in terms of relationship between the modernity and the tradition. Although sexual freedom is one of the most important aspects of the modernity, the marriage contract is known in all religions as the sole legitimate source of sexual life and implemented heavy sanctions when violated. This places the marriage in the center of a tension between tradition and modernity. This article studies marriage in terms of rights and values from the Islamic point of view. The first section of this article deals with marriage contract in terms of rights and the second values-based. It also compared with other religions in order to emphasize the value of marriage contract.

Keywords: Nikâh, Chastity, Fornication, Lust, Right, Value.

* Bu metin, Kadın Sağlığı Vakfı (KASAV) tarafından 07.Mayıs.2017 tarihinde İstanbul Medeniyet Üniversitesi'nde düzenlenen "Ailede Çözümler ve Çözümler" temalı Sempozyumda sunulmuştur. Tebliğ, daha çok "Genetiğiyle Oynanmış Kavramlar ve Aile Medeniyetinin Sonu" (Konya 2016) adlı kitabımızdan nikâh konuları esas alınarak hazırlanmıştır.

** İzmir Katip Çelebi Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi, saffetkose@hotmail.com

GİRİŞ

Modern dünya varlıkla ilişkiyi haklar üzerine kurmuştur. Bir başka ifade ile günümüzde hakkı merkeze alan bir dünya inşa edilmiştir. Haklar bağlamında ise günümüzde “insan hakları”nın asıl olduğu görüşü ağırlık kazanmıştır. Bu zihniyet dünyasının arka planında sınıfsal yapıdan kaynaklanan ezilmişliğe karşı başkaldıran insanın *insan hakları* konusunda varoluş mücadelesi vardır¹.

İnsan sadece hemcinsleriyle değil yaratıcısıyla da çatışmış ve ona karşı kendi özgürlüğünü ilan etmiştir. Bu yönde oluşturduğu ötekileştirme, özgür yaşam, mahalle baskısı gibi dogmatik kavramlarla kendisini korumaya almış, eleştirilerin önüne geçmeye çalışmıştır. Birçok ülkede de bu yönde düzenlemeler yapılmıştır. Sonuçta yaratıcısına karşı kendisini merkeze alan, aradığı hakkı sınırsız özgürlükte bulan ve doymayan nefsi ile hevâsının egemenliğine giren hedonist bir insan tipi ortaya çıkmıştır. Dünyaya nizam vermeye çalışan işte bu *hakperest* insandır.

İslam’ın temel kaynaklarındaki vazife merkezli genel telakkinin bir sonucu olarak nikâh da tarafların yükümlülüklerinden yola çıkan bir sözleşmedir. Bu tür yaklaşım, sorumluluk bilincini pekiştiren, doğal olarak karşı tarafın hakkına saygıyı merkeze alan, onu sağlam bir zeminde tutan özelliğe sahiptir. Hz. Peygamber’in (s.a.s.) “her hak sahibine hakkını ver”² hadisinde bu gerçeklik kendini gösterir.

Modern zamanın temel haklar teorisi bir çatışma ve ahlâkî yozlaşma sürecinin ürünüdür ve gücün despotik biçimde kullanımına karşı zayıf pozisyonda bulunana korunma sağlamayı amaçlamaktadır. Bu nazariye, tarihi süreçte hak ve yetkiden kaynaklanmayan katı ve acımasız vesayet zihniyetine karşı güvence temin eden yaklaşımı ifade eder. Bu sebeple ezilen kesimler için öngörülmiştir ve tepkisel karakter taşır. Dolayısıyla bunun günümüzdeki ifade zemini “hak verilmez alınır” ifadesidir. Birinci yaklaşım daha sağlıklı zemini anlatan *hakşinaslık*; ikincisi ise *hakperestliktir*. Bu da önemli bir çatışma alanı açmış, bazı sancılara sebep olmuştur.

Günümüz Türkiye’sinde neredeyse evlenenlerin tamamı dini nikah yaptırırken onun içeriğini vazife yerine hak ile değiştirmeleri sebebiyle evliliklerin çok kolay çözülebildiği ve eskiye göre boşanmaları artma trendine girildiği bir süreç yaşanmaktadır.

Bir Arap kadınının kızını gelin olarak evinden çıkarırken söylediği şu sözü karı-kocanın birbirlerine karşı konumlarını oldukça anlamlı biçimde ifade eder:

1 Mustafa Yayla, *İslam Hukukunda İnsan Hakları ve Eşitlik*, Çizgi Yayınevi, Konya 2011, s. 32

2 Ebû Ya’lâ, *el-Müsned* (nşr. Hüseyin Selim Esed), Dımaşk 1984-86, II, 193; *Sahîhu İbn Hibbân bi-tertibî İbn Balabân* (nşr. Şuayb el-Arnaût-Hüseyin Selim Esed), Beyrut 1404-1408/1984-88, II, 24; Taberânî, *el-Mu’cemü’l-kebir* (nşr. Hamdi es-Selefi), Beyrut 1404/1983, XXII, 112.

“*Sevgili kızım! Sen kocana cariye ol ki o da sana köle olsun.*”³ Burada evliliğin köle-cariye ilişkisine vurgu ile açıklanmaya çalışılması modern zihin açısından problemleri gözükabilir. Ancak bunun karı-kocanın birbirleriyle bütünleşmelerini ifade eden metaforik bir anlatım olduğunu belirtmek gerekir.⁴

İslam'ın iki ana kaynağı olan Kur'ân-ı Kerim'in ve Hz. Peygamber'in sünnetinin hakkı önemsemediği gibi bir sonuç çıkarılamaz. Bu iki kaynak hakkı vazife üzerinden öne çıkarmış, hakka karşı vazifeli olanın yükümlülüğünü hatırlatarak *hakşinas* bir toplum inşasını hedeflemiştir. Bu bağlamda dinin belirlediği değerler doğrultusunda ahlaki bir kontrol mekanizması, kültürel bir toplumsal yapı ve müeyyidesi olan hukuki düzenlemeler ile sonuca gitmeyi yeğlemiştir.

Biz bu sunumumuzda madem artık haklar üzerinden konuşmamız gerekiyor o zaman hakkı sahibinin üzerinden hatırlatarak nikâhı ele alacağız. Ayrıca onun insan için değerine vurgu yaparak analiz yapmaya gayret edeceğiz.

I - HAK BAĞLAMINDA NİKÂH

Nikâh'ta birçok hak birleşmektedir. Onda Allah hakkı, toplum hakkı, kul hakkı, ebeveyn hakkı, çocuk hakkı gibi birçok hak birleşmektedir. O halde birbirleriyle hayatını birleştirmek isteyen kadın-erkek bu haklara saygı duyarak nikaha önem vermek ve onun üzerinden ilişkisini belirlemek zorundadır. Şimdi bunları kısaca ele alabiliriz.

A- Nikâh Bir Allah Hakkıdır, İhlali Zinadır

Nikâh, dini bir kavramdır ve bütün kutsal metinlerde kadın-erkek birlikteliğini meşru kılan tek yoldur. Bu yönüyle nikâh bir Allah hakkıdır. Nikâh dışı birleşmeler zina kavramıyla ifade edilmiştir. Bütün dinlerde cezası da en ağır suçlar arasında sayılmıştır. Evrensel bir hukuk ilkesi olarak suç-ceza dengesinin sağlanması ceza adaletinin bir gereği olduğuna bakılırsa zinanın birçok açıdan olumsuz etkisinin oldukça derinlikli olduğu sonucu çıkar.

3 İbn Abdırabbih, *el-'İkdü'l-ferid*, Beyrut 1420/1999, VI, 91; Meydâni, *Mecma'u'l-emsâl* (nşr. M. Muhyiddin Abdülhamîd), Beyrut, ts. Dâru'l-Ma'rife, II, 263; İbşîhi, *el-Mustatraf fi külli fennin mustazraf* (nşr. Müfîd M. Kumeyha), Beyrut 1406/1986, II, 479; Ahmed Zeki Safvet, *Cemheretü'l-'Arab*, Beyrut, ts. (el-Mektebetü'l-İlmiyye), I, 145.

4 Köse, s. 156-160.

Kur'ân-ı Kerim zina yapmayın yerine “zinaya yaklaşmayın, o çirkin bir iş ve kötü bir yoldur”⁵ ifadesiyle bu konudaki hassasiyetini ortaya koymuştur. Sadece Kur'ân-ı Kerim'de değil az aşağıda yer verileceği üzere diğer semavi kitaplarda da nikâhsız birliktelikler ana sözleşmeye,⁶ özel hükümlere⁷ aykırılık teşkil ettiğinden bir Allah hakkının ihlali sayılmıştır.

Nikâhsız birleşmenin Yahudilik,⁸ Hıristiyanlık⁹ ve İslam'da¹⁰ zina sayılıp büyük suç kabul edilerek yasaklandığı dikkate alınırca nikâhın dini değeri ve bir Allah hakkı olduğu daha iyi anlaşılabilir. Üç dinde de nikâha, neslin devamı ve nesebin karışmasını önleyici bir rol atfedilmesinin yanı sıra iffeti koruyucu işlev yüklenmesi gerçekten dikkate değer bir konudur.

Yahudilik, evliliğin nikâhla başladığını kabul etmiş, evlenmeyi teşvik etmiş, bekârlığı zemetmiş, evliliği İsrailoğullarının varlığının ve çoğalmasının bir sebebi olarak gördüğünden dini bir görev saymış,¹¹ iffeti temin etmenin ve nesli devam ettirmenin yolu olarak meşru evliliği tayin etmiştir. Evliliğin temel amacı Rabb'e sadık kullar olacak nesiller yetiştirmektir.¹²

İbrani aile açısından bir eşin gelecek nesiller için çocuk yetiştirememesinden daha acı hiçbir tecrübesi olamaz.¹³

Bu din, bekârlığı kültürün yok olmasına ve neslin tükenmesine sebep olduğundan büyük günah saymış, evlenmeden önce kişi “gerçek bir adam” durumunda görülmeyerek, şereften, neşeden ve hayırdan yoksun kabul edilmiştir.¹⁴

Yahudilikte aile o kadar önemli görülmüştür ki yeni evlenen birisi bir yıl savaştan muaf tutulmuştur.¹⁵ Bununla evlilik bağının güçlendirilmesi, tam bir aile oluşumuna yeterli zamanı sağlama amaçlanmıştır. Aksi takdirde bu şahıs savaşa gittiğinde öldürülebilir ve adı İsrail soyundan silinebilir.¹⁶

5 İsrâ' (17), 32.

6 Arâf (7), 172.

7 İsrâ' (17), 32; Nûr (24), 2-3; Furkân (25), 68; Mümtahine (60), 12.

8 Çıkış, XX/14; Sayılar, V/11-13; Tesniye, V/18, XXII/22, XXIV/1.

9 Matta, V/27, XV/19-20, XIX/18; Luka, XVIII/18-20...

10 İsrâ' (17), 32; Nûr (24), 2, 3, 30, 31; Furkân (25), 68.

11 Tekvîn, I/28; Yeremya, XXIX/6.

12 Malaki, II/15.

13 Ronald de Vaux, *Yahudilikte Aile* (çev. Ahmet Güç), Bursa 2003, s. 8 (çevirenin sunuşu).

14 Abdurrahman Küçük, “Dinlerde Evlilik Anlayışına Genel Bir Bakış”, *Türk Yurdu*, X/40, Ankara 1990, s. 59; Asife Ünal, *Yahudilik'te, Hıristiyanlık'ta ve İslam'da Evlilik*, Ankara 1998, s. s. 19-21.

15 Tesniye, XXIV/5.

16 William MacDonald, *Kutsal Kitap Yorumu: Eski Antlaşma Serisi*, İstanbul 2005, I, 251.

Doğum öncesi çocukların korunması yönünde de önemli tedbirler alınmış ve hamile kadının çocuğunu düşürene ona uygun bir mali tazminat öngörülmüştür.¹⁷

Yahudilikte aileyi sona erdiren bir tasarruf olan boşamaya izin verilmiş olmakla birlikte tasvip edilmemiştir. Hatta boşama, Rabbin nefret ettiği bir eylem ve eşe ihanet sayılmıştır.¹⁸

Hıristiyanlıkta evliliğe kutsallık atfedilmiş ve kocanın anne-babasını bırakıp eşine bağlanması gerektiği, evlilikle karı-kocanın ayrılmaz biçimde tek bir beden haline geldiği, Tanrının bu şekilde birleştirdiği iki insanı diğer insanların ayıramayacağı inancı benimsenmiş ve boşayan eşin diğerine karşı zina işlemiş olacağı hükmü kabul edilmiştir.¹⁹ Esasen bu anlayışın Yahudilikteki “Bu nedenle adam annesini-babasını bırakıp, karısına bağlanacak, ikisi tek beden olacak”²⁰ inancının kurumsallaşmış biçimi olduğu anlaşılmaktadır.

Hıristiyanlıkta nikâh dini bir karakter taşımakta, rahiplerce takdis edilmeyen evlilikler geçersiz sayılmaktadır. Nikâh ailenin temeli görülmekte, Yahudilikte olduğu gibi iffeti korumanın ve nesli devam ettirmenin tek meşru yolu olarak kabul edilmektedir. Çocuk doğurmak ve Allah’ın istediği nesiller yetiştirmek evliliğin ana gayesidir. Bu sebeple doğuma engel olmak ya da onları yok etmek adam öldürmek anlamına gelir.²¹

Boşamaya kapılarını kapatan *İncil* fuhşu boşama sebebi saymıştır.²²

Hıristiyanlıkta özellikle Pavlus’tan sonra evliliğe karşı menfi bir tutum alınmış ve bekârlık yüceltilmiş olsa da evlilik yasaklanmış değildir. Pavlus, bekarlığı daha çok evlenmeden kendisini koruyabilecek olanlara tavsiye etmiş, zinaya düşmek suretiyle iffetini koruyamayacak durumda olanlara evlilik için izin vermiştir. Çünkü şehvetle yanmaktansa evlenmek daha iyidir. Zira bu durum günaha düşme konusunda büyük bir tehlike arzeder. Cinsel ahlaksızlıklardan dolayı her erkeğin bir karısı ve her kadının da bir kocası olmalıdır ve eşler birbirlerine haklarını vermelidirler. Onların bedenleri kendilerine değil eşlerine aittir. Geçici bir süre aralarında anlaşarak oruç ve dua için cinsel birleşmeye ara verebilirler. Ancak kendilerini Şeytanın sınamasına maruz bırakacak şekilde ihmal etmemelidir-

17 Çıkış, XXI/22.

18 Malaki, II/14-16; William MacDonald, *Kutsal Kitap Yorumu: Eski Antlaşma Serisi*, İstanbul 2005, II, 763.

19 Matta, XIX, 3-9; Markos, X, 2-12; Luka, XVI, 18; I. Korintliler, VII/10-11.

20 Tekvîn, II/24.

21 Abdurrahman Küçük, s. 59.

22 Matta, XV/9.

ler.²³ Birçok günahın beden üzerinde doğrudan etkisi yoktur. Ama fuhşun bedeni etkilemesi ve günahı emsalsizdir. Evlilik dışı cinsel ilişki bu günahı işleyen kişi üzerinde kaçınılmaz ve karşı konulamaz bir tahribat yapar.²⁴ Aslında bu olumsuz tavrın sebebi de evliliğin Allah yolundan alıkoyma tehlikesine karşı tedbir alma düşüncesidir.²⁵ Pavlus'a göre evli olmama hali evliliğe göre kendisini Rabbe vermede daha çok fırsat sağlar.²⁶

Protestanlık, diğer Hıristiyan mezheplerinden farklı olarak evliliği kutsal dışı bir alan olarak telakki etmektedir.²⁷

İslâm açısından bakıldığında da nikâhın değeri ve işlevselliği ile ilgili diğer iki dinle önemli sayılabilecek ölçüde ortak noktalar bulunmaktadır. Bu bağlamda evlenme:

Nefsi dizginleyerek zina ve fuhuştan korur,
 Neslin devamını temin eder,
 Neseplerin karışmasını önler,
 Çocuk terbiyesine imkân verir,
 Eşlerin birbirlerini fitneden korumalarını sağlar,
 İffeti temin yoluyla ahlakı güzelleştirir
 Kalbi arındırır,
 Daha iyi bir şekilde kulluğa hazırlanma ve çevresini hazırlama imkanı sunar,
 Yakınların nafakasını temine vesile olur.

Bu ve benzeri fonksiyonlarıyla sağlamış olduğu dini ve dünyevî faydalarından dolayı nikâh, ibadet karakteri taşır ve hatta nafile ibadetten daha faziletlidir.²⁸

Nikâh'ın ibadet karakteri taşıdığı hususunda İslam hukukçularının büyük çoğunluğu hem fikirdir.²⁹

23 I. Korintliler, VII/1-9; William MacDonald, *Kutsal Kitap Yorumu: Yeni Antlaşma Serisi*, İstanbul 2002, II, 288-289.

24 William MacDonald, *Kutsal Kitap Yorumu: Yeni Antlaşma Serisi*, İstanbul 2002, II, 286-287.

25 Korintliler, VII/32-35.

26 William MacDonald, II, 295.

27 Asife Ünal, s. 77-78.

28 Serahsî, IV, 192-193; Kâsânî, II, 229; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, Kahire 1319, III, 101-102; Dâmad, *Mecma'u'l-enhur*, Beyrut 1419/1998, I, 465-468; İbn Âbidin, II, 258.

29 Serahsî, *el-Mebsût*, Kahire 1324-31, IV, 192-193; İbn Kudâme, *el-Muğni*, Kahire 1405, III, 77; Sıbtu İbni'l-Cevzi, *İsâru'l-İnsâf* (nşr. Nâsir el-Huleyfi), Kahire 1408/1987, s. 103-105; Behûti, *Keşşâfü'l-kınâ'* (nşr. Hilâl Musaylhi Mustafa Hilâl), Beyrut 1402/1982, II, 364; İbn Âbidin, II, 258; *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye*, "Nikâh" md.

Bu sonuca, nikâhın fonksiyonlarına bakılarak ulaşıldığı gibi evlenmeyi terk edip namaz, oruç türünden nafîle ibadetlerle meşgul olacaklarını söyleyen bazı sahâbileri uyaran şu hadisle de desteklenmiştir:

“*Nikâh benim sünnetimdir, kim sünnetimden yüz çevirirse benden değildir.*”³⁰

Bu hadis nikâhın değerini anlatırken aynı zamanda sünnetin nâfileden üstünlüğüne de işaret etmektedir. Çünkü sünnetin terkine karşı bir va’id/tehdit söz konusu iken nafîlede bu durum yoktur.³¹ Bu sebeple zinaya düşme tehlikesi ortaya çıkmış bir müslümanın evlenmesi namaz, hacc cinsinden nafîle ibadetlere göre daha önceliklidir.³²

Nikâh’ın diğer akitlere göre dini motiflerle bezenmiş özel bir yönünün bulunduğu bilinmektedir.³³ Hatta İslâm âlimlerinin bir kısmı nikâhın değerini ifade için onun Hz. Âdem’den itibaren meşru kılınp da cennette de devam edecek iki ibadetten birisi olduğu tespitinde bulunur (diğeri iman).³⁴

Bu sebeple bazı fıkıh kitaplarında nikâha dört ibadetten (namaz, zekât, oruç, hacc) hemen sonra ve muâmelât bahislerinden önce yer verilmesi yani nikâh bölümünün ibadet konularıyla muamelât bahisleri arasına yerleştirilmesi bu akdin bir yönden ibadet, diğeri açıdan hukuki işlem (muamele) olmasıyla izah edilmiştir.³⁵

Yahudilik, nikâhsız birliktelikleri yani zinayı Tanrı’ya karşı işlenmiş bir suç,³⁶ putperestlik³⁷ ve dinen kirlilik³⁸ saymış, cezasını taşlanarak idam şeklinde (recm) oldukça ağır tutmuş,³⁹ evlilik dışı çocuk yapmayı Rabbe ihanet telakki etmiştir.⁴⁰

İncil’de nikâhın fuhşa engel olan ve iffeti koruyan bir özelliğe sahip olduğu açıkça belirtilerek fuhuş ve zina yapanların Tanrı tarafından yargılanacağı,⁴¹ bu eylemlerin utanç verici olduğu, insanı kirlettiği ve yasaklandığı açık biçimde ifade edilmektedir.⁴²

30 Buhârî, “Nikâh”, 1; Müslim, “Nikâh”, 5; Nesâî, “Nikâh”, 4; Dârimî, “Nikâh”, 3...

31 Kâsânî, II, 229.

32 Şa’rânî, *el-Mizânü’l-kübrâ*, Beyrut 1418/1998, II, 151.

33 krş. Halil Cin, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Konya 1988, s. 137, 142.

34 İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve’n-nezâir* (Hamevî şerhi ile), Beyrut 1405/1985, II, 102.

35 Serahsî, *el-Mebsût*, Kahire 1324-31, IV, 192-193; Kâsânî, *Bedâi’u’s-sanâi’*, Kahire 1327-28/1910, II, 229; İbn Âbidîn, *Reddî’l-muhtâr*, Kahire 1272-1324, II, 258.

36 Tekvîn, XX/6; 39/8-9.

37 Hoşea, 1-3; Yeremya, 3.

38 Levililer, XVIII/20.

39 Levililer, XX/10-21; Tesniye, XXII/22-28.

40 Hoşea, V/7.

41 İbraniler, XIII/4.

42 Matta, XV/19; Markos, VII/21-22; I. Korintliler, VI/13-20; X/8; II. Korintliler, XII/21; Elçilerin İşleri, XV/28-29; XXI/25; Efesliler, V/3, 5.

Fuhuş yapanın Mesih'in ve Tanrı'nın Egemenliğinde mirasının bulunmadığı belirtilmekte, Tanrı'nın gazabını çekeceğinden böyleleriyle oturup kalkmak yasaklanmaktadır.⁴³

Fuhuş yapanların cezasının kükürtle yanan ateş gölüne atılmak olacağı bildirilmektedir.⁴⁴

Hatta bir kadına şehvetle bakan adamın yüreğinde o kadınla zina etmiş olacağı bunun da cehenneme giriş sebebi olduğu ifade edilmiştir.⁴⁵

Hz. Peygamber'in bey'at alırken zina etmeme şartını duyan⁴⁶ Hind bintü Utbe "hür olan kadın zina edebilir mi?⁴⁷ Yâ Rasûlallah!" diyerek hayretini dile getirmiştir. Bu, İslam öncesi Cahiliye Araplarının zinayı reddettiklerini gösteren önemli bir örnektir.

Yine bu dönemde Kâbe'nin yeniden inşası sırasında Ebû Vehb: "Ey Kureyş topluluğu! Kâbe'nin inşasına ancak temiz kazancınızla iştirak edin. Buraya ne zina parası ne ribâ kazancı ne de insanlardan haksız alınmış mal girsin" şeklinde hitap etmiş bu çağrıya uyan Mekkeliler inşaat için bu yollarla elde ettikleri kazançlarını harcamamışlar, diğer gelirleri de yeterli gelmediği için Kâbe'nin *Hicr* denilen kısmı binanın dışında kalmıştır.⁴⁸

Bir başka ilginç örnek de cahiliye Araplarının kızlarını diri diri toprağa gömmelerinin sebeplerinden birisi sürüp giden ve hiçbir ahlaki değer gözetilmediği kabile savaşlarından dolayı kızların başkalarının eline geçip namusunun kirletilmesinden korkmuş olmalarıdır.⁴⁹

Bütün bunlar ilahi dinlerde kadın-erkek beraberliğini meşru kılan tek yolun nikâh olduğu gerçekliğinin cahiliye Arapları dahil cinsel iffet konusunda fitratı bozulmamış toplumlarda kök saldığı görülür.

43 Efesliler, V/5-7.

44 Vahiy, XXI/8.

45 Matta, V/28-30.

46 Mümtahine (60), 12.

47 Taberi, *Câmi'u'l-beyân* (nşr. Ahmed M. Şakir), Beyrut 1420/ 2000, XXXIII, 342; İbn Âşûr, *et-Tahrîr ve't-tenvîr*, Tunus 1997, XXII, 48.

48 İbn Hişâm, *es-Sîretü'n-Nebeviyye* (nşr. Tâhâ Abdurrauf Sa'd), Beyrut 1411, II, 15; Cevâd Ali, *el-Mufasssal fî târihi'l-Arab kable'l-İslâm*, Beyrut 1422/2001, XII, 20.

49 Mâverdi, *Edebü'd-dünyâ ve'd-dîn*, Beyrut 1986, s. 160; a.mlf., *en-Nüket ve'l-'uyûn*, Beyrut, ts. (Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye), VI, 214; Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân* (nşr. İbrahim el-Burdûni-İbrahim Et-tafayyîş), Kahire 1384/1964, XIX, 232-233; Cevad Ali, *el-Mufasssal fî târihi'l-Arab kable'l-İslâm*, Beyrut 1422/2001, IX, 88-89.

B - Nikâh Bir İnsan ve Toplum Hakkıdır

Evlenme sadece evlenen karı-kocayı ya da onların ailelerini ilgilendiren dar kapsamlı bir ilişki değildir. Onun evlenenlerin içinde yaşadığı toplumu hatta bütün insanlığı ilgilendiren bir yönü vardır. Bu da neslin sağlıklı şekilde üremesini emniyet altına almaktır.

Nikâhta üç tür toplumsal ya da insanî hak vardır:

1- Muharremâta hukukuna riayet: Nesil karmaşasını önlemek için kimin kim ile evli olduğuna bilmeye ihtiyaç vardır. Bu sebeple Kur'ân-ı Kerîm evlenilmesinde sürekli şekilde yasaklılığı olanları üç grupta belirlemiştir:⁵⁰

a- Nesepten (soy bağı) doğan evlenme engelleri

b- Evlilik bağından doğan (sıhriyyet) evlenme engelleri

c- Süt emmeden (radâ') doğan evlenme manileri. İslam hukukunda süt emme aynen nesepten doğan evlenme engelleri gibi etki yapar.

2- Evlilikten doğan hak ve yükümlülüklerin gözetilmesi: Herkes eyleminin sorumluluğunu üstlenmek zorundadır. Nikâhsız birleşmeler bundan kaçıştır.

3- Nikâh yoluyla meydana gelen akrabalık bağlarının gözetilmesi ve akrabalar arası dayanışma.

Bütün bu sebeplerle toplumun ve insanlığın kimin kim ile evli olduğunu bilmeye haklı vardır. Aksi halde neslin birbiriyle karışması önlenemeyecek, muharremât hukukuna riayet sağlanamayacak ve akrabalık bağlarına bağlı hak ve sorumluluklar mesela nafaka yükümlülüğü yerine getirilemeyecek bunun da yükünü tüm toplum çekecektir.

Bu sebeple nikâhın topluma mal edilmesi yönünde ciddi tedbirler alınmış, sosyolojik anlamda ona meşruiyet kazandıran ve onu sifahtan / zinadan ayırmak üzere ilan edilmesine büyük önem verilmiştir.

Hz. Ebû Bekir ilan edilinceye ve şahit tutuluncaya kadar gizli nikâhın caiz olmadığını⁵¹ beyan etmiş, Hz. Ömer de bu tür evlilik yapanları zina suçu işlemekle itham etmiş ve taşa tutmak suretiyle idam edeceğini topluma deklare ederek gizli evlilik konusunda sert tepki göstermiştir. Mesela o, sadece şahitler huzurunda yapılan nikâhı gizli nikâh saymıştır.⁵² Gizli nikâh ise Hz. Peygamberin dilinde zinadır (sifâh).

50 Nisâ' (4), 22-24.

51 Sahnûn, II, 194.

52 Mâlik, *el-Muvatta'*, "Nikâh", 26; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, IV, 78.

Bunun için nikâhın sadece şahitler huzurunda akdedilmesi ile yetinilmemiş, onun tam anlamıyla topluma mal edilebilmesi için meşru eğlence ve düğün ziyafetine (velîme) de büyük ehemmiyet verilmiştir:

1- Şenlik / Eğlence (Düğün): Hz. Peygamber (s.a.s.) def ile bile olsa nikâhın ilanını talep etmiş,⁵³ nikâhta helal ile haramın (sifâh/zina) arasını ayıranın def ve ilan (es-savt/meşru eğlence) olduğunu bildirmiş,⁵⁴ bu amaçla eğlence yapanları gördüğünde memnuniyetini ifade etmiştir. Mesela arkadaşları ile birlikte Benû Zurayk kabilesinin şarkı ve oyunla eğlendiklerini görünce sebebini sormuş düğün eğlencesi olduğunu öğrenince de: “Dini kemale erdi. Bu nikâhtır, sifâh/zina değildir. Gizli nikâh da değildir. Def’in işitildiği (şenliğin yapıldığı), dumanın tüttüğü (ziyafetin verildiği) nikâh gizli evlilik olarak nitelendirilemez” buyurmuştur.⁵⁵

Hz. Peygamber bizzat düğün sebebiyle düzenlenen şenliklere icabet ettiği gibi⁵⁶ düğünlerde şenlik yapılmasını da teşvik etmiştir. Mesela Hz. Âişe’nin (r.a.) yakınlarından bir kızı Ensar’dan birisi ile evlendirdiği merasimde eğlence düzenlenip düzenlenmediğini sormuş, olumsuz cevap alınca gelinin eğlence eşliğinde gönderilmesinin evlenme merasimine daha da yakışacağını belirten bir ifade kullanmıştır.⁵⁷ İlginçtir Hz. Peygamber’in evlenen kişilere: “Şâhidiniz nerde?” sorusuna sahabeden birisinin bununla neyi kastettiğini sorması üzerine de “def” yani eğlence cevabını vermiştir.⁵⁸ Bundan da anlaşıldığı kadarıyla Hz. Peygamber’in şahitlik dışında evlenmenin daha kuvvetli delillerle de güçlendirilmesini istediği görülmektedir.

Kaynaklar, Hz. Peygamber’in katıldığı düğünlerde def çalıp şarkı söyleme ve ziyafet verme yanında şeker, hurma gibi şeylerin orada bulunan insanların üzerine serpilmesi ve bunların kapışılması şeklinde bir eğlenceden de bahsetmektedirler.⁵⁹ Muaz b. Cebel’in anlattığına göre Hz. Peygamber sahabeden birisinin evlilik merasimine gelmiş hayır duadan sonra def getirilip şenlik yapılmasını talep etmiş, tabaklar içinde şeker ve meyveler (muhtemelen hurma) getirilmiş insanların üzerine serpilip kapışılmasını istemiş, sahabeden bazılarının yağmalamayı

53 Tirmizî, “Nikâh”, 6; İbn Mâce, “Nikâh”, 20; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, IV, 5, 78; Tüsi, *el-Emâli*, Kum 1414, s. 518-519.

54 Tirmizî, “Nikâh”, 6; Nesâî, “Nikâh”, 72; İbn Mâce, “Nikâh”, 20; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, III, 418; Tüsi, *el-Emâli*, s. 519.

55 Beyhâkî, *es-Sünenü’l-kübrâ* (nşr. M. Abdülkadir Atâ), Mekke 1414/1994, VII, 790.

56 Buhârî, “Nikâh”, 48.

57 İbn Mâce, “Nikâh”, 21; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, IV, 78; III, 91.

58 İbnü’l-Mulakkın, *el-Bedru’l-münîr*, Riyad 1425/2004, VIII, 34.

59 İbnü’l-Esir, *Üsdü’l-gâbe*, III, 488’den naklen Nebi Bozkurt, “Eğlence”, *DİA*, X, İstanbul 1994, s. 484.

yasakladığı hatırlatılınca da buna cevaben Rasûl-i Ekrem: “Bu devlet (ganimet) malı ile ilgilidir, düğünlerdeki değildir” sözünden sonra onlarla birlikte kendisi de saçılan şeker ve hurmalardan kapmak için yarışmıştır.⁶⁰ Bu uygulama doğrultusunda güçlü bir gelenek oluşmuş olmalı ki düğünlerde saçılan şekerlerin kapışıldığı eğlencenin özellikle klasik Hanefî kaynaklarında bir hukukunun da yazıldığı görülmektedir.⁶¹

Yine kaynaklarda Hz. Âiş'e'nin (r.a.) nikâhlarda akdin ilanı amacıyla *ariyet* olarak verdiği bir def'inin bulunduğu belirtilmektedir.⁶² Keza düğünlerde söylenen şarkı sözleri⁶³ bize kadar ulaşmıştır. Bütün bunlar dikkate alındığında bu yönde bir kültürün oluştuğunu da belirtmek gerekir.

Sahabenin fakihlerinden Abdullah b. Mes'ûd'un oyun-eğlence bulunan bir düğüne katıldığı ve oturup şarkıları dinlediği nakledilmektedir.⁶⁴

Yine sahabenin önde gelen âlimlerinden ve Hz. Peygamber'in amcasının oğlu Abdullah b. Abbâs'ın sünnet ettirdiği oğulları için eğlence düzenlediği ve bu sebeple dört dirheme erkek oyuncular tuttuğu belirtilmektedir.⁶⁵

2- Davetlilere Ziyafet (Velîme): Nikâhın toplumsal meşruiyeti yani onun nikâh olarak benimsenmesi noktasında özellikle şenlik yani eğlence yanında bir de *velime* olarak geçen düğün ziyafetine önem verilmiştir.

İslam âlimlerinin nikâhın gizlenmesi yönünde bir talepte bulunulmasını gizli anlaşmayla yapılan zinaya benzetmeleri, nikâhın zinadan ayrılacak şekilde akdedilmesinin yolunun da eğlence ve ziyafetten geçtiğini ifade etmeleri⁶⁶ konu ile ilgili bu tür hadislere dayanır.

Konu ile ilgili yapılan çalışmalar, gerek cahiliye gerekse İslami dönemlerde mesela Mekke'de ziyafet (velîme) ve eğlencenin düğün ve sünnet merasimlerinin özelliklerinden olduğunu belirlemektedir.

Hz. Peygamberin hadislerinde velime olarak geçen ve bu şekilde kavramsallaşan düğün ziyafetine büyük önem verilmiştir. Bununla hem düğüne gelenlere

60 Beyhâkî, *es-Sünenü'l-kübrâ* (nşr. M. Abdülkadir Ata), Mekke 1414/1994, VII, 288; ayrıca bk. Serahsî, *el-Mebsût*, Kahire 1324-31, XXX, 128-129; İbnü'l-Mulakkın, VIII, 32-34.

61 Serahsî, XXX, 128-129; Kâdihân, *el-Fetâva'l-Hâniyye* (Hindiyye kenarında), Bulak 1311, III, 393; İbn Mâze, *el-Muhîtu'l-Burhânî*, Beyrut 2004/1424, V, 354-356; *el-Fetâva'l-Hindiyye*, Bulak 1311, II, 293-294.

62 Serahsî, *el-Mebsût*, Kahire 1324-31, V, 31.

63 İbn Mâze, “Nikâh”, 21; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, III, 91; IV, 78.

64 İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef* (Avvâme), nr. 16666.

65 İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef* (Avvâme), nr. 16667.

66 Bâci, III, 314.

ikram hem de bu yolla nikâhın geniş kitlelere ulaşmasını, güçlü bir zemine kavuşmasını sağlamıştır.

Hiz. Peygamber ziyafete o kadar önem vermiştir ki bizzat kendi evliliklerinde ziyafet (velîme) verdiği gibi sahabeden evlenenlerden de hatta evlenmeyi tamamlamış olanlardan bile gücü ölçüsünde ziyafet tertip etmelerini talep etmiştir.⁶⁷

İlginçtir ki Mekke'den Medîne'ye hicret eden ve imkânı sınırlı olduğu anlaşılan Abdurrahman b. Avf'ın evli insanların kullandığı bir kokudan onun evlendiğini anlamasından sonra ondan bir koyunla bile olsa ziyafet vermesini talep etmiştir.⁶⁸ Daha da ilginç olanı evlenip de ziyafet verecek mali gücü bulunmayanlara bunun için yardım edilmesini istemiştir.⁶⁹

Sahabeden bu işe o kadar önem verenler vardı ki bunlar arasında ziyafeti yedi güne kadar uzatanların bulunduğu nakledilmektedir.⁷⁰ Hiz. Peygamber ziyafete davet edilenlerin de bu çağrıya uymalarını istemiştir.⁷¹

3-Nikâhın Kamuya Açık Alanlarda Akdedilmesi: Hiz. Peygamber'in nikâhın mescitlerde ilan edilmesi talebinin⁷² arkasında yatan gerçeklerden birisi nikâhın toplum tarafından bilinirliğini sağlama maksadına yöneliktir. Çünkü ilk dönemlerde kamuya açık tek alan ve toplanma yeri, önemli meselelerin duyurulduğu yegâne merkez mescitlerdi. Hiz. Peygamber de bu amaçla mescidi kullanmış ve kendisinden sonra *Râşid Halifeler* de aynı yönde hareket etmişlerdir. Herhangi bir özel çağrıya gerek kalmadan günde beş defa insanların mescidde toplanmış olmaları pratiklik sağladığı gibi duyurunun geniş kitlelere ulaşmasını da temin etmekteydi. Belli dönemlerden sonra camilerin ibadet dışındaki fonksiyonları özel kurumlara devredilmiştir. Nikâh da bunlardan birisidir. Bu gün evlendirme daireleri bu yönde faaliyetlerini icra etmektedirler.

Sonuç olarak nikâhta şahit bulundurma zorunluluğu⁷³ sadece ispat güvencesi sağlamak için değil aynı zamanda aleniliği de sağlama amacına yönelik bir tedbir görülmüştür. *Velîme* denilen düğün ziyafetlerine önem verilmesinde de evlenen çiftlerin sevinç ve mutluluklarına ortak olma yanında evlenmede aleniyeti sağla-

67 Buhâri, "Nikâh", 7, 67, 68; Nesâi, "Nikâh", 84.

68 Nesâi, "Nikâh", 84.

69 İbn Ebi Şeybe, *el-Musannef* (Avvâme), nr. 17446.

70 İbn Ebi Şeybe, *el-Musannef* (Avvâme), nr. 17448; Azîmâbâdi, *Avnu'l-Ma'bûd*, Medine 1388/1969, X, 210.

71 Buhâri, "Nikâh", 71; Müslim, "Nikâh", 96.

72 Tirmizî, "Nikâh", 6.

73 Bakara (2), 282 (bu hükmün nikâh için de geçerli olduğu kabul edilmektedir); Buhâri, "Şehâdât", 8; Ebû Dâvûd, "Nikâh", 19; Dârimî, "Nikâh", 11.

mak, nikâhın önemli bir iş olduğunu hissettirmek, nikâha güçlü bir zemin hazırlayarak toplumsal meşruiyeti temin amaçlanmıştır.

Bu uygulamalar, Hz. Peygamber'in ve sahabenin nikâhın toplumsallaşmasına verdikleri önemi ortaya koymaktadır. İnsanların bu kadar hareketli olmadıkları ve genellikle herkesin birbirini tanıdığı, genellikle kimin kiminle evli olup olmadığına bilindiği dönemlerde dahi nikâhın aleniyetinin mümkün olan bütün araçlarla sağlanması yönünde çaba sarfedilmesi dikkate değer bir husustur. Günümüzde bu tür evliliklerin yaşandığını hatta bazı ülkelerde oldukça yaygın olduğunu dikkate alırsak gizli nikâhın İslam'ın ruhuyla bağdaşmadığını belirtmemiz gerekir. Gizli nikâhın zina olduğunu belirten Hz. Peygamber ve sahabenin bu yöndeki uyarılarını dikkate almak gerekir. Bahse konu hususlar dikkate alındığında son tahlilde denilebilir ki nikah anı zamanda bir toplum ve insanlık hakkıdır. Bu sebeple nikâhsız birliktelikler bu hakkın ihlalidir.

C- Nikâh Karı-Koca Hakkıdır

Akitler aile hukuku kapsamında taraflara haklar verir, yükümlülükler getirir.⁷⁴ Bu hukukun tanıdığı genel çerçevede olabileceği gibi yine hukukun tarafların kendi iradelerine bıraktığı hususlarda anlaşmalarına da bağlı olarak genişler veya daralır. Bu açıdan akit, tarafların kanunudur. Ancak akit ile sağlanan hakların güvenceye alınması ya da yükümlülüklerin yerine getirilmesi arkasındaki güce bağlıdır. Bu da din, ahlak ve hukuk yasalarıdır. Din ve ahlakın kontrolü işinin ona verdiği değere bağlıdır. Bu iki normatif disiplinin gerekli sonucu vermediği durumlarda hukuk devreye girer.

Malımı almak isteyen birisine nasıl davranayım diyen şahsa Hz. Peygamber:

“Ona Allah'ı hatırlat” buyurdu.

Adam: “Laf anlamaz ise ne yapayım” dediğinde Hz. Peygamber:

“İlgili kamu görevlisinden yardım iste” buyurdu.

Bu defa adam: “Ona da ulaşamaz isem ne yapayım” diye sordu.

Hz. Peygamber: “O zaman Müslümanlardan yardım iste” buyurdu.

Bu defa adam: “Hiç kimseyi bulamaz ise ve durum acil hale gelmiş ise ne yapayım” dediğinde Hz. Peygamber:

74 Mustafa Yaşla, *İslam Hukukunda İnsan Hakları ve Eşitlik*, Çizgi Yayınevi, Konya 2011, s. 111

“Malını kurtarınca kadar savaş, öldürülürsen ahiret şehitlerinden olursun”⁷⁵ buyurdu.

Hz. Osman’ın: “Kur’ân’ın (vicdan, ahlak, kural) yola gelmeyişi sultan (kamu otoritesi) yola getirir” sözü bu anlamdadır.⁷⁶

Nikâh, dini, ahlaki ve hukuki bir sözleşme (akit) olduğuna göre o da tarafların hak ve yükümlülüklerini belirler. Bunların tarafların insafına bırakılmaması ve yasal güvence altına alınması gerekir. Çünkü insan nefsi kötülüğü amirdir⁷⁷ ve haksızlığa eğilimlidir.⁷⁸ Bu tür durumlarda din ve ahlaki kontrol devre dışı kaldığında yasaların güvencesine ihtiyaç vardır. Nitekim az yukarıda zikredilen hadis ve Hz. Osman’ın sözü bunu ifade eder. Ancak yasanın hakkı koruması diğer bir ifade ile vazifenin ifası için bizzat nikâh akdine ve onun ispatlanabilir şekilde gerçekleştirilmesine ihtiyaç vardır. Şahitlik ve tescil bunlardandır. Öyle ki şahitlik diğer akitlerden farklı olarak akdin sıhhat şartı sayılmıştır. Bu ispat güvencesi sağlama amacına yönelik olsa da esasen ırz ve namus hususundaki hassasiyetten de kaynaklanmaktadır.⁷⁹

Şahadet kelimesinin *beyyine* (kesin delil) olarak isimlendirilmesinin sebebi de kapalılığı gidermesi, karmaşık olanı çözümlenmesi, ihtilaf durumunda hakkı açığa çıkarması, aleniyeti sağlaması sebebiyledir.⁸⁰ Dolayısıyla şahitliğin ilan için yeterli olacağını savunan alimler gizlemenin şahitliğin yapısıyla bağdaşmayacağı düşüncesinden yola çıkarlar. Şu ayet şahitlik sorumluluğuna açık bir biçimde işaret eder ve tanıklık edilen olayın gizlenmemesi gerektiğini belirtir:

“Tanıklığı gizlemeyin. Kim onu gizlerse şüphesiz onun kalbi günahkârdır. Allah yaptıklarınızı eksiksiz bilmektedir.”⁸¹

İslam hukukçuları şahitliğin *emanet* olduğunu ve şu ayet gereği diğer emanetler gibi edasının gerekli olduğunu ifade ederler:⁸²

75 Nesâî, “Tahrîm”, 21;

76 İbn Abdilber, *et-Temhîd* (nşr. Mustafa b. Ahmed el-Alevî-Muhammed Abdülkebîr el-Bekrî), Mağrib 1387, I, 118; İbn Rüşd, *el-Beyân ve’t-tahsîl* (nşr. Muhammed Huccî v.dğr.), Beyrut 1408/1988, XVIII, 494-495; Kurtubi, *el-Câmi’ li-ahkâmi’l-Kur’ân* (nşr. Ahmed el-Berdüni-Ahmed Eттаfeyyîş), Kahire 1384/1964, VI, 325; XIII, 168-169.

77 Yusuf (12), 53.

78 Ahzâb (33), 72.

79 Serahsî, V, 36; *el-Mevsû’atü’l-fikhiyye*, Kuveyt 1406/1986, V, 46.

80 İbn Kudâme, XII, 5.

81 Bakara (2), 283.

82 İbn Kudâme, *el-Muğni*, XII, 4.

“Allah size, emanetleri mutlaka ehline vermenizi ve insanlar arasında hükmettiğiniz zaman adaletle hükmetmenizi emreder.”⁸³

Şu ayet de şahitlik konusunda dürüstlüğe ve edasının gerekliliğine açıkça delalet eder:

“Ey iman edenler! Kendinize veya ana-babanıza ve akrabanız aleyhine bile olsa asla adaletten ayrılmayan, Allah için şahitlik eden kimseler olun. Zengin olsunlar, yoksul olsunlar Allah onlara sizden daha yakındır. Öyleyse siz hislerinize kapılıp adaletten ayrılmayın. Eğer adaletten sapar veya üzerinize düşeni yapmaktan yüz çevirirseniz bilin ki, Allah yaptığınız her şeyden haberdardır.”⁸⁴

Şahitliğe davet edilenler de şu ayet gereği buna icabet etmelidirler:

“Çağrıldıklarında şahitler gelmemezlik etmesinler.”⁸⁵

Müfessirler ayetin hem şahit olabilecek konumda bulunanların tanıklık etmeye (tahammül) davet edildiklerinde icabet etmeleri gerektiğine hem de ihtiyaç durumunda tanıklık ettikleri olayın şahitliğine gelmeleri (edâ) gerektiğine delalet ettiği üzerinde dururlar.⁸⁶

Bu ve benzeri ayetlerle hadisler doğrultusunda konuya bakıldığında şahitliğin farz olduğu, onu yerine getirecek birisinin bulunmaması halinde davet edilen kişi için farz-ı ayn olduğu kabul edilmektedir. Eda için de aynı hüküm geçerlidir.⁸⁷

Görüldüğü üzere bu ayetlerde şahitliğin gizlenmesi yasaklanmış, böyle davrananların günahkâr oldukları bildirilmiş,⁸⁸ emanete riayet edenler ve şahitlik görevini dürüstlikle yerine getirenler övülmüş, aykırı davrananlar yerilmiştir.⁸⁹

Buna göre şahitlere nikâhı gizlemeleri yönündeki telkin ve tavsiye ya da talep caiz değildir,⁹⁰ olsa bile hiçbir değeri yoktur. İşte bu açılardan bakıldığında şahitliğin nikâhta belli ölçüde aleniyet anlamı da taşıdığını kabul etmek tutar-

83 Nisâ' (4), 58.

84 Nisâ' (4), 135.

85 Bakara (2), 282.

86 Taberî, *Câmi'u'l-beyân*, Beyrut 142071999, III, 126-129; Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, İstanbul 1335-38, I, 519-520; Kurtubî, *el-Câmi li-ahkâmî'l-Kur'ân*, Kahire 1387/1967, 398-400; Ebussuud, *İrşâdü'l-akli's-selim*, Beyrut 1983, I, 270-271.

87 İbn Kudâme, *el-Muğni*, XII, 4-5; İbn Kudâme el-Makdisî, *eş-Şerhu'l-kebir*, XII, 4-5; H. Yunus Apaydın, “Şahit”, *DİA*, XXXVIII, İstanbul 2010, s. 279.

88 Bakara (2), 283.

89 Me'âric (70), 32-33.

90 Kâsânî, II, 252.

lı gözükmektedir.⁹¹ Özellikle Hanefiler dışındaki mezheplerin nikâhta velinin iznini şart koştukları da dikkate alınır. Nikâhın usulüne uygun şekilde ilgili kişilerin katılımıyla kısılması onu gizli kalmaktan çıkaracak bir husus olarak görülebilir.⁹²

Ne var ki nikâhın özellikleri ve günümüz şartları dikkate alındığında aleniyet için sadece iki şahidin yeterli olduğunu söylemek güçtür. İnsanların son derece hareketli olduğu, mesafelerin tarihte hiç olmadığı kadar kısaldığı dünyamızda nikâhı koruyabilmek için iki şahit kâfi değildir. Günümüzde özellikle şenlik / eğlence, ziyafetle kutlamanın yanında bir de artık kurumsallaşmış bulunan tescil işlemlerinin tamamlanması, ilanının da tarafların doğup büyüdükleri yerlerde yapılması gerekir.

İslam hukukuna göre düzenlenen 25 Ekim 1917 tarihli Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi 33. maddesiyle nikâh akdinin icrasından önce keyfiyetin ilanını, 37. maddesiyle de akit sırasında evlenecek taraflardan birinin ikametgâhında görev yapan hâkim veya onun özel izinle yetkili kıldığı naibinin huzurunda kısılmasını, bir belge düzenlenmesini ve tescil edilmesini hükme bağlamıştır.

İslam hukukçularının nikâhın aleni yapılması ve topluma mal edilmesi hususunda ısrar etmeleri bizzat Hz. Peygamber'in bu konuda hassasiyet göstermesinden ve peşinden sahabenin aynı yöndeki tavrından kaynaklanır. Tarihi süreç içinde de Müslüman toplumlarda bu yönde bir gelenek oluşmuş ve günümüzde de yaşamaktadır.

D- Nikâh Bir Kişilik Hakkıdır

İslami kaynaklar doğrultusunda bakıldığında evlenme akdinin oluşumunda alenilik ilkesine riayet toplumsal meşruiyet sağladığından tarafları suçluluk psikolojisinden koruyan bir özelliğe sahiptir. Gerekli şartları taşıyanlar açısından nikâh akdi kadın-erkeğin karı-koca olmasına imkân tanımının meşru zeminini oluştursa da bunu gizleme ihtiyacı bir olumsuzluktan kaçma anlamı taşıdığından şu hadisin muhatabıdır:

“İyilik, ahlak güzelliğidir; günah ise vicdanında sana sıkıntı veren / gönül huzuruyla kabullenemediğin ve insanların bilmesinden hoşlanmadığın şeydir.”⁹³

91 Mâverdi, IX, 59; Kâsânî, II, 253.

92 Mâverdi, IX, 59.

93 Müslim, “Birr”, 14-15; Tirmizî, “Zühd”, 52.

Münâvî'nin (ö.1031/1622) ifadeleriyle söylemek gerekirse günahın insanı huzursuz eden ve kalbe rahatsızlık veren bir özelliği vardır. Çünkü Allah insanı hakka meyleden, onunla huzur bulan, yapısı itibariyle onu seven bir özellikte yaratmıştır.⁹⁴ Görünüştaki bütün şartlar oluşmuş bile olsa Hz. Peygamber'in:

“Müftüler sana fetva verse de sen yine de fetvanı kalbinden / vicdanından al”⁹⁵ hadisi eylemlerde görünüştaki meşruiyetin yeterli olmadığını belirtmesi açınsından önemlidir. Özellikle bu husus, insanların çok değer verdikleri ırz ve namusu ilgilendiren nikâh akdi konusunda daha da önem kazanmaktadır. Nitekim fıkıh kitapları diğer akitlere göre nikâhta aleniliğin ek bir yükümlülük olarak getirilmesinin ırz ve namusa verilen değerden kaynaklandığına vurguda bulunurlar.⁹⁶ Bunun için de namusu her türlü şaibeden, şüpheden korumak,⁹⁷ nikâh akdinin azametini belirginleştirmek için⁹⁸ ve başkalarının hakkını da ilgilendirmesi sebebiyle⁹⁹ diğer akitlerden farklı olarak nikâhta *mehir* meşru kılınmış, velinin aktif rol alması, evlenenlerin denk olması, şahitler huzurunda kıyılması ve ilan edilmesi gibi ek tedbirlere gerek görülmüştür. Gizlemenin çekinilen bir durumun karinesi olduğu dikkate alınırsa bu kadar değer verilen bir akit için ne kadar büyük bir olumsuzluk olduğu ortaya çıkar. Çünkü bir müddet sonra gizliliğin aleniye dönüşmesiyle birlikte daha büyük sorunlara kapı açılmış olacaktır.

Ahlaki olarak kişinin başka insanların kendisi hakkında sü-i zanda bulunabileceği kapıları kapatması gerekir. Özellikle kadın-erkek ilişkilerinde bu daha da önem kazanmaktadır. Alenilik bu yönüyle de önem arzeder. Çünkü bir mü'minin diğer bir insan hakkında sü-i zanda bulunması ve onun gizli hallerini araştırması (tecessüs) haramdır.¹⁰⁰ Ancak diğer insanların da buna yol vermemesi gerekir. Bu aynı zamanda harama vesile olan mübah yolların kapatılması anlamına gelen ve Malikîler ile Hanbelîler tarafından ağırlıklı olarak kullanılmış olsa da bütün mezheplerin muteber saydığı *sedd-i zerâi'* ilkesinin de bir gereğidir.

Hz. Peygamber'in yaşadığı şu olay ve peşinden irad buyurduğu hadis bu açıdan dikkat çekicidir: Mü'minlerin annesi Safiyye (r.a.) anlatıyor: Rasulullah itikâfta idi. Ramazanın son günlerinde bir gece kendisini ziyarete gidip konuş-

94 *Feyzü'l-Kadır*, Beyrut 1415/1994, III, 285.

95 Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, I, 194.

96 Serahsî, V, 31, 36, 81; XII, 119; XVII, 4.

97 Kâsânî, II, 276.

98 İbnü'l-Hümâm, III, 112.

99 Behûtî, *Keşşâfü'l-kimâ'*, Mekke 1394, V, 70.

100 Hucurât (49), 12.

tum. Sonra kalkıp eve dönmek istedim. Rasûlullah (s.a.s.) da beni eve bırakmak üzere benimle kalktı. Ensardan iki adam (Üseyd b. Hudayr ile Abbâd b. Bişr) karışımıza çıkıverdi. Hz. Peygamberi (s.a.s.) görünce, hızlanarak oradan uzaklaşmak istediler. Rasûlullah (s.a.s.): “Yavaş olun, telaşlanmayın, bu yanımda gördüğünüz kadın Huyey b. Ahtab’ın kızı (eşim) Safiyye’dır” buyurdu. Hz. Peygamber’in bu tavrı onlara ağır geldi de: “Sübhanallah! Ya Rasûlallâh! Sizin hakkınızda asla kötü bir şey düşünmeyiz” dediler. Rasûlullah (s.a.s.) da: “Şüphesiz siz düşünmezsiniz ama şeytan insanın damarlarında kan gibi dolaşır. Sizin kalbinize bir şey (vesvese) atmasından endişe ettim” buyurdu.¹⁰¹

Hz. Peygamber onların kendisi hakkında kötü bir şey düşünmeyeceklerini elbette biliyordu. Aksi bir davranış onun peygamber olması sebebiyle küfrü gerektiren bir davranış olurdu. Zaten kendileri de Hz. Peygambere bir olumsuzluk atfedemeyeceklerini açıkça ifade etmişlerdi. Ayrıca o ahlakın zirve noktasını temsil ediyordu.¹⁰² Bununla birlikte Hz. Peygamber vesveseyi ortadan kaldırma açısından açıklama yapma ihtiyacı hissetmiştir.

Hz. Ömer’in hilafeti döneminde meydana gelen şu olay da konumuz açısından önemlidir: Bir adam bir kadınla evlendi ve bu evliliği gizledi. Kadının yanına girip çıkarken ondan şüphelenen komşusu: “Filan adam bir cariyenin yanına girip çıkıyor, evliler mi yoksa degiller mi bilmiyorum” şeklinde zina şüphesiyle halife Hz. Ömer’e şikâyette bulununca davalı, cüz’î miktarda bir mehirle o kadınla evlendiğini ve bu sebeple evliliklerini gizlediklerini söyleyerek kendisini savundu. Hz. Ömer evliliklerinin kanıtını sorunca kızın ailesinden bazılarının bilgisiyle evlendiklerini söyledi. Hz. Ömer şikâyette bulunana *hadd* cezası gerekmediğine hükmetti ve evlenenlere: “Bu nikâhı ilan edin ve namusunuzu sağlam kaleler içine alın” şeklinde talimat verdi.¹⁰³

Yine Hz. Peygamber’in: “Kim Allâh’a ve ahiret gününe inanıyorsa kendilerini töhmete düşürecek ortamlarda durmasın” buyurduğu rivayet edilir.¹⁰⁴

Nikâhta aleniyet ilkesinin ihlalinin töhmete sebep olduğunu ve buna meydan vermemek gerektiği yukarıdaki ifadelerden açık biçimde anlaşılmaktadır.

101 Buhâri, “Ahkâm”, 21, “Bed’ü’l-halk”, 11, “İtikâf”, 11, 12; Ebû Dâvûd, “Savm”, 78, “Sünnet”, 17, “Edeb”, 81; İbn Mâce, “Sıyâm”, 65; Beyhakî, *es-Sünenü’l-kübrâ* (nşr. M. Abdülkadir Ata), Mekke 1414/1994, IV, 324.

102 Kalem (68), 4.

103 İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef* (Avvâme), nr. 16654.

104 Cemâlüddin ez-Zeyla’î, *Tahrîcü’l-ehâdis ve’l-âsârü’l-vâkı’a fi tefsîri’l-Keşşâf* (nşr. Abdullah b. Abdirrahman es-Sa’d), Riyad 1414, II, 166; III, 136.

E- Nikâh Bir Çocuk Hakkıdır

Allah üremeyi daha genel anlamıyla varlığı erkek ile dişinin birleşmesine bağlamıştır. İnsan açısından bunun meşru zeminde gerçekleşmesi gerekir. Bu bir çocuk hakkıdır. Bunun da yolu nikâhtır. Çünkü doğum onunla meşruiyet kazanır. Hiçbir çocuk meşruiyetini lekeleyen zinanın eserini üzerinde taşımak istemez. Bu insanın fitratına yerleştirilmiş ilahi bir gerçekliktir. İslam alimleri nikâhın en önemli işlevlerinden birisinin doğacak çocuğun nesebi ile ilgili olduğunu ifade eder.¹⁰⁵

Soy bağının temiz olması insan için son derece önemlidir. Bu sadece miras, nafaka, velayet, evlenme engeli, akrabalık bağlarının gözetilmesi (sıla-i rahim) gibi fikhî hükümler açısından değil çocuk ve insan psikolojisi açısından da önemlidir.

Çocuklar babalarına nisbet edilir ve onlar ile çağrılır. Bu, Kur'ân-ı Kerîm'in emridir.¹⁰⁶ Nesebi de nikâh bağına göre tayin edilir ve nesep babadan sabit olur. Çocuğun geçimi ile ilgili sorumluluk de babaya aittir.¹⁰⁷ Gayr-ı meşru ilişkiye nesep vb. sonuçlar bağlanamaz.¹⁰⁸

İnsan nesli için nikâh iki açıdan büyük önem taşır. Birincisi bir insanın doğuşu ancak nikâhın sağladığı cinsî birleşme ile meşru olur. Nikâhsız birleşme (zina) sonucu doğan çocuğun nesebinin meçhul oluşu ya da ana-babası bilinse bile gayr-ı meşru bir yolla dünyaya gelmesi kendisi açısından son derece incitici / rencide edici, acı verici bir durumdur ve bir çocuk hakkı ihlalidir. Bu sebeple nesebin sahih yoldan sabit olması çocuk açısından son derece önemlidir ve çocuğun en tabii hakkıdır.

Her birey ait olduğu soyu bilmek ve ona aidiyetini kıvançla taşımak, kendisinden sonraki nesilde de unutulmamak arzusundadır. Cahiliye Araplarının bu konudaki hassasiyetleri önemli örneklerden birisidir. Nitekim Hz. Peygambere babasının kim olduğunu soran sahabilerin varlığı,¹⁰⁹ Araplar arasında nesep ilminin meşhur oluşu ve bu konuda birçok kitabın telifi, keza nesebin birçok fikhî hükme temel teşkil etmesi aynı açıdan konunun önemini gösteren bir husustur.

105 Mâverdi, IX, 58.

106 Ahzâb (33), 5.

107 Bakara (2), 233.

108 Buhâri, "Büyû" 3, 100; Müslim, "Radâ", 36-37; İbrahim Kâfi Dönmez, "Nesep", *DİA*, Ankara 2006, XXXII, 573.

109 msl. bk. Buhâri, "İlim", 28-29, "Mevâkî", 11, "Tefsîr", V/12, "Fiten", 15; Müslim, "Fezâil", 134-138; Tirmizi, "Tefsîr", V/16.

Ünlü Arap şairi Hutey'e'nin (ö.59/678) babasının belli olmaması ve azad edildikten sonra bir cariye'nin oğlu ile evlenmesi sebebiyle kendisini küçük düşüren anesini ağır bir dille hicvetmesi, muhtemelen bu sebeple bütün erdemlere savaş ilan etmesi tarihi açıdan önemli bir örnektir.¹¹⁰

Bizzat Hz. Peygamberin zina değil, aynen İslam'ın öngördüğü sahih nikâhla evlenmiş bir karı-kocanın çocuğu olduğunu belirtmiş olması¹¹¹ bir insan açısından nikâhla gelen doğumun ne kadar önemli olduğunu göstermeye yeter bir husustur.

Nesil açısından önem arz eden ikinci husus da ilâhî bir ilham sonucu kişinin neslinin kendisine nispetinde hiç bir şüphe ve şaibenin bulunmaması / sahih neslin korunması ilkesidir. Bunu sağlayan nikâhtır. Bu sebeple bütün dinler nikâh yoluyla meydana gelen ailenin oluşturulması hususundaki esasların dikkatli bir şekilde tespit edilmesine büyük önem vermişler ve özen göstermişlerdir. Çünkü aile kurumu neslin oluşturulmasının ve onun aşağı-yukarı akrabalık bağlarının meydana gelmesinin temelidir.¹¹²

Nesep *ülfetin* sebeplerinden birisi olduğundan aralarında kan bağı bulunanların birbirlerini koruma ve kaynaşma duygularıyla bağlılıkları bilinen bir gerçektir.¹¹³ Bu sebeple de onun tespiti, akrabalık bağlarının bilinmesi önem arzeder.

Ancak bundan öte boyutunu yani neseple övünme ya da nesebi sebebiyle birisini yerme İslam tarafından yasaklanmıştır.¹¹⁴ Hz. Peygamber'in: "Amelinin geri bıraktığı kimseyi nesebi / soyu ileri götüremez" hadisi¹¹⁵ bu gerçekliği teyit eder.

Bütün bunlardan çıkan neticeye göre nikâh üremenin sağlıklı ve şaibeden uzak bir şekilde gerçekleştirilmesinin tek meşru yoludur. Esasen bu nikâhın gerçek amacıdır.

Toplumda olumsuz anlamda bunun kültürü de oluşmuş ve veled-i zina (piç) olarak isimlendirilerek bu tür çocukların dışlanması yoluna gidilmiştir. Ancak burada çocuğun suçu yoktur. Gayr-ı meşru ilişkinin çocuğa verdiği bu acının ane-babasına ızdırıp vermemesi de dikkate değer bir husustur.

110 Bk. *DİA*, "Hutey'e" md.

111 İbn Abdirezzâk, *el-Musannef* (nşr. Habiburrahman el-A'zamî), Beyrut 1403/1983, VII, 303; Taberânî, *el-Evsat* (nşr. Tarık b. İvedillâh-Abdülmuhsin el-Hüseynî), Kahire 1415, V, 80; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ* (nşr. M. Abdülkadir Atâ), Mekke 1414/1994, VII, 190.

112 Bk. Muhammed Tâhir b. Âşûr, *Makâsüdüş-şerîati'l-İslâmiyye*, Tunus 1985, s. 155.

113 Bk. Mâverdi, s. 240.

114 Hucurât (49), 13; Taberânî, *el-Evsat*, V, 86; a.mlf., *el-Kebîr*, (nşr. Hamdi es-Selefi), Musul 1404/1983, XVIII, 12.

115 Ebû Dâvûd, "İlim", 1; İbn Mâce, "Mukaddime", 17.

Nesebe bağlanan şer'î hükümler temel amaçları bakımından Allah hakları kapsamında görülmektedir.¹¹⁶

Nikahsız ilişkiden doğan çocuklarla ilgili bazı hükümler öngörülmüştür. Mesela İslam âlimlerinin çoğunluğuna (cumhûr) göre nikâhtan doğan birisi varken nikahsız ilişkiden doğan bir çocuğun imamlığa geçmesi mekruh görülmüştür.¹¹⁷

Veled-i zinanın hâkim olmayacağını savunan alimler vardır.¹¹⁸ Müezzîn olmasını evla olanın hilafına gören alimler vardır.¹¹⁹

Veled-i zina ile ilgili öngörülen bu ictihadî hükümler tamamen fukahanın yaşadığı dönemin sosyolojik zeminine bir başka ifade ile toplumsal algıya bağlı olarak gelişmiştir. Çocuk zina mahsulü olsa da bu kendisinin sebebiyet vermediği bir eylemin sonucu olmasından dolayı diğer insanlardan farklı bir ayırmıcılığa maruz bırakılmamalıdır. Zira suç ve cezada şahsîlik ilkesini bizzat Kur'ân-ı Kerîm getirmiştir:

“Hiç kimse hiç kimsenin suçunun cezasını çekmez.”¹²⁰

F- Nikâh Bir Ebeveyn Hakkıdır

İslam'ın belirlediği nikâh çerçevesinde çocukların evlenmesi ebeveynin haklarından birisidir. Özellikle kızların evliliğine bu açıdan hassasiyet gösterilmiştir. Bütün mezhepler, kızıdan evlilik tercihlerinde aile şerefini koruması konusunda duyarlılık göstermesi istenmiş ve aileyi rencide edici bir durumun bulunması halinde velisinin kızın evliliğini engelleyebileceği hükme bağlanmıştır.

Hanefiler dışındaki üç mezhebe göre velînin izni alınmadan, dolayısıyla veliden habersiz kıyılan nikâh batıldır.¹²¹ Ebû Hanîfe ise reşit kızların evliliğinde veli iznini gerekli görmez. Ancak izin vermemesine rağmen kızın evlenmesi hâlinde bu evlilikten rencide olması veya ayıplanması ya da zarar ortaya çıkması hâlinde veli nikâha müdahil olabilir ve feshettirebilir. Genellikle kaynaklarda veliyi rencide eden durumların kıza emsal mehrinin takdir edilmemesi ve evlendiği oğlanın kendisine denk olmaması zikredilmektedir. Bunun sebebi de o dönemlerde dengi ile evlenmeyen ya da mehri emsallerinden düşük olan kızların ahlaki zaafa sahip

116 Dönmez, “Nesep”, 573.

117 *el-Mevsû'atü'l-fikhîyye*, Kuveyt 1404-1427, XLV, 217.

118 *el-Mevsû'atü'l-fikhîyye*, XLV, 223.

119 *el-Mevsû'atü'l-fikhîyye*, XLV, 217.

120 Enâm (6), 164; İsrâ' (17), 15; Fâtır (35), 18; Zümer (39), 7; Necm (53), 38.

121 Saffet Köse, “İslam Hukukuna Göre Evlenmede Velâyet”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 2, Konya 2003, s. 109; Abdülmelik b. Yûsuf el-Mutlak, *ez-Zevâcü'l-'urfî*, Riyad 1427/2006, s. 388.

oldukları, bir iffet problemi yaşadıkları yönündeki toplumsal algıdır. Burada dikkate değer husus ilke olarak kızların evliliğinde veliyi rencide edici, onu toplum içinde küçük düşürücü bir unsurun bulunmamasıdır.¹²² Bunların neler olduğu zamanın telakkilerine göre değişebilir. Bunlar yoksa ve kız evlenmeyi istediği hâlde veli sebepsiz yere engel olmak istiyorsa bu, yetkiyi kötüye kullanmak anlamına geldiğinden kız evlenebilir. Yani Ebû Hanîfe emsal mehrini alan ve dengi ile evlenmek isteyen kızın velisinin hakkını gözettiğini düşünerek bu durumda velinin evliliğe engel olmasını velayet yetkisini kötüye kullanmak saymış ve kızın, velisi izin vermese de evlenmesinin caiz olduğunu savunmuştur.

Diğer mezheplerde de kızın evlenmek istediği oğlanın kendisine denk olması ve emsal mehrini vermesi hâlinde velinin hakkı korunmuş olacağından hâlâ izin vermemesi velayet yetkisini kötüye kullanmak kabul edilmiş ve evlendirme velayetinin sıradaki veliye geçeceği kabul edilmiştir.¹²³

Görüldüğü gibi bu durumda veli izni bir formaliteden ibarettir. Buna göre her iki görüş de aynı noktada birleşmektedir. Ebû Hanîfe sadece formaliteyi kaldırmaktadır. Bu görüş ayrılığında konu ile ilgili hadislere yaklaşımdaki fark etkili olmuştur.

Mezheplerin tercihlerinde esas dikkat çekici olan, kızlarının evliliğinde veliyi rencide edici bir durumun bulunmamasıdır. Bu bir veli hakkıdır. Günümüzde kızların ailelerinden habersiz evlenmeleri veliyi küçük düşüren ve en rencide edici tutumların içinde yer almaktadır. Kendi başına evlenen kızın *zâniye*¹²⁴ olduğunu ifade eden hadisten bu tür evliliklerin aileleri ne kadar rahatsız edici olduğu anlaşılmaktadır.

II- NİKÂHIN AHLÂKÎ, FIKHÎ VE PSİKOLOJİK DEĞERİ

A- Nikâh Nimettir; Zinâ, Küfrân-ı Nimet ve Yasak Ağacın Acı Meyvesidir

Usulüne uygun şekilde akdedilmiş bir nikâh, kadını erkeğe, erkeği kadına helal kılan bir nimettir.¹²⁵ Hz. Peygamber'in (s.a.s.): "Siz kadınları, Allah'ın kelimesiyle helal edindiniz"¹²⁶ hadisi nikâhın bir lütuf olduğunun açık ifadesidir. Buna

122 Serahsî, V, 25-26; Kâsânî, II, 240, 247; Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebir* (nşr. Ali Muhammed-Adil Ahmed Abdülmevcûd), Beyrut 1419/1999, IX, 51, 94, 109-110; İbn Kudâme, *el-Udde şerhu'l-Umde*, Beyrut 1426/2005, II, 6; Karâfi, *ez-Zehira* (nşr. Mustafa Hucci), Beyrut 1994, VII, 159.

123 Köse, s. 108.

124 Abdürrezzâk, *el-Musannef* (nşr. Habiburrahman el-A'zamî), Beyrut 1403, VI, 200, nr. 10494; İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef* (nşr. Muhammed Avvâme), Cidde 1427/2006, nr. 16214; Dârekutnî, *es-Sünen*, Beyrut 1386/1966, III, 227-228; Bezzâr, *el-Müsned*, Medine 1988-2009, XVII, 306; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ* (nşr. M. Abdülkadir Atâ), Mekke 1414/1994, VII, 110.

125 Kâsânî, *Bedâi'us-sanâi'*, Kahire 1327-28/1910, III, 192.

126 Müslim, "Hacc", 147; Ebû Dâvûd, "Menâsik", 56; İbn Mâce, "Menâsik", 84.

göre nikâhsız birleşmeler nimete karşı nankörce bir davranıştır (*küfrân-ı nimet*). Dolayısıyla insan ihtiyaç duyduğu ne varsa öncelikle Allah'ın nimetlerini hatırlarında tutmalı¹²⁷ ve helalin peşinde olmalıdır.

Allah'ın nikâh ile helal kıldığı ırz nimetine, yasak kıldığı zina ile karşılık vererek nankörlük edenler şu ayetin muhatabıdır:

“Allah'ın, lütfettiği nimetlerine haramları ile karşılık vererek nankörlük edenler, sonunda toplumlarını helak yurduna sürükleyenleri görmedin mi? Onlar cehenneme gireceklerdir. Orası ne kötü bir karargâhtır!”¹²⁸

Nikah varken, zina ile harama gidenlerin hiçbir mazereti olamaz. Çünkü Hz. Ömer'in (r.a.) dediği gibi “Allah Te'âlâ iradelerini O'nun buyruklarını yerine getirmek üzere kullananların yardımcısı olduğu gibi haramlarına ihtiyaç bırakmayacak alternatiflerini de yaratmış ve izin vermiştir.”¹²⁹ Bu helallerde de haramlardakinden daha tatlı haz vardır. Bu sebeple helal alternatifleri varken haramlara sarkarak nankörlük eden günahkârlar Allah'ın sevgisini kaybetmişlerdir.¹³⁰

“O, size bütün istediklerinizi verdi. Eğer Allah'ın ihsan ettiği nimetleri saymaya kalkarsanız saymaya gücünüz yetmez. Gerçek şu ki insan pek zalim, çok nankördür.”¹³¹

Nikâhsız birleşmeler, Allah'ın kendilerine bolca nimet verdiği peygamberler, sıddıklar, şehitler ve iyi insanların¹³² yolundan ayrılmak ve ahiret yurdunda onlardan ayrı kalmaya adım atmaktır.

B- Nikâh, İffete Sadakattir

Allah, kadını-erkek ilişkilerinde iffeti ölçü olarak belirleyerek¹³³ *elest bezminde* bunu korumanın sözünü almış,¹³⁴ bunu sağlamak üzere de nikâhı meşru kılmıştır. Böyle bir imkan varken zinaya yeltenmek sadece Allah'ın sadık kalın dediği¹³⁵ sözünü bozarak Allah'a saygısızlık değil aynı zamanda tarafların birbirlerini kirletmesi anlamına da gelir.¹³⁶ Bu Allah'a verdiği sözü hazlarına satmak anlamına gelir.¹³⁷

127 Bakara (2), 231; Âl-i İmrân (3), 103; Mâide (5), 7.

128 İbrahim (14), 27-28.

129 Mâverdi, *Edebü'd-dünyâ ve'd-dîn*, Beyrut 1986, s. 322.

130 Bakara (2), 276.

131 İbrahim (14), 34.

132 Nisâ' (4), 69.

133 Mü'minûn (23), 5; Nûr (24), 30; Ahzâb (33), 35; Me'âric (70), 29.

134 A'râf (7), 172.

135 Bakara (2), 27; Ra'd (13), 20, 25.

136 İsrâ' (17), 32.

137 Âl-i İmrân (3), 77; Nahl (16), 95.

Zina dahil bütün haramlar Allah'ın dünyadaki yasak ağaçlarıdır ve meyveleri acıdır. Zina edenler, nikâh ile tatlı meyveye ulaşabileceklerken nefesine kulluk ederek bu türden acı meyveye talip olmuşlardır. Bu, Hz. Adem ve Hz. Havva'nın nimetler içinde cennete yerleştirildikten sonra onlarla yetinmeyip yasak ağacın meyvesine uzanmaları¹³⁸ ile aynı sonucu veren bir tutumdur. Kur'an-ı Kerim kıssaları insanların ders çıkarıp (ibret) benzer hatayı tekrarlamamaları için anlatmaktadır.¹³⁹

C- Nikâh, Rabbânî; Zina, Nefsânî Tercihtir

İslam ahlakçıları şehvetin cazibesine kapılmadan disipline edilmesini mutluluğun ve özgürlüğün ifadesi, gerçek kölelikten kurtuluş olarak görürler. Bu iffet sayesinde ki insan, hayvani özellik taşımadan kurtulur ve Rabbânî bir nitelik kazanır. Tersinden okunduğunda da zina nefse köleliktir.¹⁴⁰

Kur'an ve sünnetin nikâh konusunda ısrarcı tutum takınmasının ana sebebi, insanların şehvi arzuları karşısındaki zaaflarına kalkan oluşturması ve neslin sağlıklı şekilde üremesine güvence sağlamasıdır. Bu iki amacı gerçekleştiren, arzuların insan onuruna yakışan şekilde tatminini temin eden araç nikâhtir.¹⁴¹ Şehvet dürtüsü nikâh ile meşru yoldan tatmin edilerek itidal çizgisine çekildiğinde bir başka ifadeyle iffet erdemine dönüştüğünde mutluluk aracı hâline gelmektedir.¹⁴²

Nikâhı bırakıp zinayı tercih etmek hazları (hevâ) tanrı edinmek anlamına gelir. Hz. Peygamber (s.a.s.): “Zina eden zina ettiğinde mü'min olarak zina etmez...”¹⁴³ buyurur. Bu hadis, “Gördün mü süflî arzularını (hevasını, hazlarını) kendisine tanrı edineni?”¹⁴⁴ ayetinin izahı olarak görülebilir. Şöyle: Kur'an-ı Kerim, Allah ile kul arasındaki sözleşme¹⁴⁵ hükümleri ile nefsânî arzu ve isteklerin çatışması karşısında ikinciye uymayı, yani hazcılığı mecâzî anlamda “hevayı (süflî arzuları), tanrı edinmek” olarak tanımlar. Tersinden okunduğunda da bu, “hevasının kulu olmak” demektir. Çünkü böyle bir tercihte, fiili olarak Allah'ı bir kenara bırakarak nefsi dinleme ve ona tâbi olma söz konusudur.¹⁴⁶ Buna göre Allah'ın helal kıldığı nikâh

138 Bakara (2), 33-37; A'râf (7), 19-22.

139 Âl-i İmrân (3), 13; Yusuf (12), 111; Gâfir (40), 54; Haşr (59), 2.

140 İsfahâni, s. 99-100.

141 Mübârekfûri, *Tuhfetü'l-ahvezî*, Beyrut, ts. (Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye), V, 242.

142 bk. İsfahâni, s. 100.

143 Buhârî, “Mezâlim”, 30, “Eşribe”, 1, “Hudûd”, 1, 6, 14; Müslim, “İmân”, 100, 104...

144 Furkân (25), 43; Câsiye (45), 23.

145 A'râf (7), 167.

146 Saffet Köse, *Genetiğiyle Oynanmış Kavramlar*, 203-210.

yolu varken nefesine uyup haram kıldığı zinayı tercih etmek hevâsının kulu olmak anlamına gelir. Çünkü Allah insana helal ve haramı göstermiş tercihi kendisine bırakmıştır. Nitekim Hz. Peygamber (s.a.s): “Bütün insanlar sabahleyin kalkıp evlerinden çıkıp giderler. Akşam olduğunda ya kendisini nefesine satarak köle olmuş dolayısıyla kendisini mahvetmiş vaziyette ya da nefisini rızası karşılığında Allah’a satmış şekilde özgür olarak evlerine dönerler”¹⁴⁷ buyurur.

Allah’ın yolu şükre vesile bir sonuç doğurur, haram ise nankörlük, dünya ve ahiret zilletidir.¹⁴⁸ Üstelik Allah insanları helale duyarlı bir fitratta yaratmıştır.¹⁴⁹ Helal de bir ışık olarak insanı aydınlatan ve kendini fark ettiren bir özelliğe sahiptir.¹⁵⁰

D- Nikâh, İbadet Karakteri Taşır

Nikâh, ibadet karakteri taşıdığı hususunda İslam alimlerinin büyük çoğunluğu hemfikirdir.¹⁵¹ Çünkü nikâh insanı hak yoldan çıkarıcı en azgın dürtüye karşı koruyucu bir güçtür. Bunun yanında evlenmeyi terk edip namaz, oruç türünden nafil ibadetlerle meşgul olacaklarını söyleyen bazı sahâbileri uyaran şu hadiste de bu anlayışı desteklemektedir:

“Nikâh benim sünnetimdir, kim sünnetimden yüz çevirirse benden değildir.”¹⁵²

Bu hadis nikâhın değerini anlatırken aynı zamanda sünnetin nafilenden üstünlüğüne de işaret etmektedir. Çünkü sünnetin terkine karşı bir va’id/tehdit söz konusu iken nafilde bu durum yoktur.¹⁵³ Bu sebeple zinaya düşme tehlikesi ortaya çıkmış bir Müslümanın evlenmesi namaz, hac cinsinden nafil ibadetlere göre daha öncelikli kabul edilmiştir.¹⁵⁴

Bütün bunlar da dikkate alındığında nikâhın diğer akitlere göre dinî motiflerle bezenmiş özel bir yönünün bulunduğu dikkati çekmektedir.¹⁵⁵ Hatta İslâm âlimlerinin bir kısmı nikâhın değerini ifade için onun Hz. Âdem’den itibaren

147 Müslim, “Tahâret”, 1; Tirmizî, “Da’âvât”, 85.

148 En’âm (6), 90; Kehf (18), 17; Muhammed (47), 17; İnsan (76), 3.

149 Rûm (30), 30.

150 Tegâbü’n (64), 8.

151 Serahsî, *el-Mebsût*, Kahire 1324-31, IV, 192-193; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, Kahire 1405, III, 77; Sibtü İbnî’l-Cevzî, *İsâru’l-İnsâf* (nşr. Nâsir el-Huleyfi), Kahire 1408/1987, s. 103-105; Behûtî, *Keşşâfü’l-kınâ’* (nşr. Hilâl Musaylhi Mustafa Hilâl), Beyrut 1402/1982, II, 364; İbn Âbidîn, II, 258; *el-Mevsû’atü’l-fikhiyye*, “Nikâh” md.

152 Buhârî, “Nikâh”, 1; Müslim, “Nikâh”, 5; Nesâî, “Nikâh”, 4; Dârimî, “Nikâh”, 3...

153 Kâsânî, II, 229.

154 Şârânî, *el-Mizânü’l-kübrâ*, Beyrut 1418/1998, II, 151.

155 krş. Halil Cin, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Konya 1988, s. 137, 142.

meşru kılınıp cennette de devam edecek iki ibadetten birisi olduğu tespitinde bulunurlar (diğeri iman).¹⁵⁶ Bu sebeple bazı fıkıh kitaplarında nikâha dört ibadetten (namaz, zekât, oruç, hac) hemen sonra ve muâmelât bahislerinden önce yer verilmesi yani nikâh bölümünün ibadet konularıyla muamelât bahisleri arasına yerleştirilmesi bu akdin bir yönden ibadet, diğer açıdan hukuki işlem (muamele) olmasıyla izah edilmiştir.¹⁵⁷

Hz. Peygamber'in (s.a.s.) nikâh ile meşru zemindeki cinsel ilişkinin sadaka değeri taşıdığını ve eşlere sevap kazandırdığını bildiren hadisi de onun ibadet karakterini göstermektedir. Eşi ile cinsel ilişkide sadaka sevabı bulunduğunu söylediğinde bunu hayretle karşılayan sahabilerine Hz. Peygamber: "Bu kişi haram yoldan bu ihtiyacını gidermiş olsaydı suç ve günah işlemiş olmayacak mıydı?" şeklinde mukabelede bulunmuştur. Cevaben de haramı bırakıp helal yoldan bu ihtiyacın karşılanmasının sevaba vesile olduğunu bildirmişti.¹⁵⁸ Buna göre hazlının nikâh yoluyla helal yoldan tatmini bir ibadet karakteri arz etmektedir.

E- Nikâh, Cinsel Hazzın (Şehvet) Helal Yoldan Tatminidir (İffet)

Allah sadece insanda¹⁵⁹ değil hayvan¹⁶⁰ ve bitkilerde¹⁶¹ de üremeyi dişi-erkek birleşmesine bağlamış ve bu iki cinsi birbirine karşı şehvet ile çekici kılmıştır.¹⁶² İnsanı diğer varlıklardan ayıran ise iradi bir varlık olarak helali seçebilmesidir.

Yaratan yarattığını en iyi bilir.¹⁶³ Burada insanın yapısına işaretle insanın en inatçı ve en güçlü dürtü olan şehvet karşısında zayıf konumda kalacağından hareketle zinaya vesile olacak ortamlarda bulunmanın ona düşmek anlamına geleceğini bildirir. Çünkü şehvet, varlık bakımından insandaki en eski, en inatçı, en şiddetli, en dirençli, en etkili dürtü, disiplin altına alınması en zor hayvani güçtür ve doğumdan ölünceye kadar insanla beraber bulunur.¹⁶⁴ Bazı ayetlerde de buna açık işaret vardır.¹⁶⁵ Nitekim Hz. Yusuf (a.s.) peygamber olmasına rağmen Allah'ın

156 İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir* (Hamevî şerhi ile), Beyrut 1405/1985, II, 102.

157 Serahşi, *el-Mebsût*, Kahire 1324-31, IV, 192-193; Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, Kahire 1327-28/1910, II, 229; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, Kahire 1272-1324, II, 258.

158 Müslim, "Zekât", 53; Ebû Dâvûd, "Edeb", 160, "Tatavvu", 12; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, V, 154, 161, 167, 168, 178.

159 Hucurât (49), 13; Arâf (7), 80-81; Ra'd (13), 38; Şu'arâ' (26), 165-166; Ankebût (29), 28-30.

160 Şûrâ (42), 11.

161 Hicr (15), 22.

162 bk. Âl-i İmrân (3), 14.

163 Müllk (67), 14.

164 Gazzâlî, *İhyâ'*, Beyrut 1425/2004, s. 797; Râgıb el-İsfahânî, *ez-Zerî'a* (nşr. Ebû'l-Yezid Ebû Zeyd el-'Acemî), Kahire 1428/2007, s. 88, 99.

165 Âl-i İmrân (3), 14; Yûsuf (12), 23-24.

burhanı sayesinde bir anda kendisine egemen oluveren şehvetinin etkisinden korunabilmiştir.¹⁶⁶ Onun bu sınavının peygamberlik öncesi veya sonrası olması arasında fark yoktur. Çünkü peygamberler öncesi ile de insanlara örnektirler. Aksi takdirde inandırıcılıklarını kaybederler.

İnsanlık için şehvetin kontrolsüz şekilde kullanımının doğuracağı fesat sebebiyle Allah Te'âlâ onu disiplin altına alınması konusunda duyarlılık göstermiş ve bunun ancak nikâh yoluyla mümkün olabileceğini hükme bağlamıştır. İffetin arzuları helal ile sınırlandırmak anlamına geldiği dikkate alınırsa nikâhın cinsel *iffetin* aracı olduğu anlaşılır. İffeti korumak Allah'ın emri¹⁶⁷ ve mü'min olmanın da bir gereğidir.¹⁶⁸ Bunun başarılması insanı melekler seviyesine çıkarır, aksi bir durum ise hayvan düzeyine düşürür.¹⁶⁹

Hz. Peygamber diline ve şehvetine hâkim olanlara cennet için kefil olduğunu bildirmiş,¹⁷⁰ iffetin tezahürü olan *hayayı* İslam ahlakının merkezine yerleştirmiş,¹⁷¹ iffetini koruma amacıyla evlenen kişiye Allah'ın kesin olarak yardım vaadinde bulunduğunu bildirmiştir.¹⁷² Bu sebeple nikâh'ta gözetilmesi gereken en önemli hedeflerden birisi iffeti korumaktır. Diğer amaçla yapılan evlilikler amaçtan saptır ve tasvip görmemiştir. Şu hadis bunu vurgular:

“Kim bir kadınla şöhretinden dolayı evlenirse Allah ancak onun zilletini; malı için evlenirse yoksulluğunu; soyluluğu sebebiyle evlenirse alçaklığını arttırır; iffeti için evlenenlere nikâhları mübarek olsun, tebrikler onlara!”¹⁷³

Şehvet dürtüsü meşru yoldan tatmin edilip itidal çizgisine çekilmesi durumunda bir başka ifadeyle iffet erdemine dönüştüğünde mutluluk aracı haline gelir.¹⁷⁴ Bu sebeple Hz. Peygamber nikâhı, iffeti / namusu koruyan en sağlam kale saymış ve bağımsız yönelişin ve nefsi / şehvî arzuların en yoğun ve en güçlü olduğu dönemden geçen gençlere seslenerek imkânı iyi olanların evlenmelerini özellikle istemiştir.¹⁷⁵ Hatta daha da ileri giderek sağlığı ve mali imkânları yerinde olanların evlenmemelerini sünnete muhalefet saymış, bu tür bekârları şeytanların

166 Yûsuf (12), 23-28.

167 Nûr (24), 30-31.

168 Mü'minûn (23), 5-7; Me'âric (70), 29-31.

169 Mübârekfûrî, *Tuhfetü'l-ahvezî*, Beyrut, ts. (Dâru'l-Kütübî'l-ilmîyye), V, 242.

170 Buhârî, “Hudûd”, 19, “Rikâk”, 23; Tirmizî, “Zühd”, 61.

171 İbn Mâce, “Zühd”, 17; Mâlik, *el-Muvattâ*, “Hüsnu'l-huluk”, 9.

172 Tirmizî, “Fezâilü'l-cihâd”, 20; Nesâî, “Cihâd”, 2, “Nikâh”, 5; İbn Mâce, “İtk”, 3.

173 Taberânî, *el-Evsat*, IV, 467.

174 bk. İsfahânî, s. 100.

175 Buhârî, “Savm”, 10, “Nikâh”, 2, 3; Müslim, “Nikâh”, 1, 3; Ebû Dâvûd, “Nikâh”, 1; Nesâî, “Sıyâm”, 43, “Nikâh”, 3; İbn Mâce, “Nikâh”, 1; Tirmizî, “Nikâh”, 1; Beyhâkî, *Şu'abü'l-îmân* (M. Said Besyûni), Beyrut 1410, IV, 383; Muttakî el-Hindî, XVI, 271, nr. 44403, 44420.

kardeşleri ve insanların en kötüsü olarak ilan ettikten sonra bu tutumun tehlikeli sonucunu şu örnekle açıklamıştır:

Daha önceki ümmetlerden üç yüz yıl boyunca geceleri namazla, gündüzleri oruçla geçiren birisi bir gün bir kadına âşık olmuş, küfre düşerek her şeyi terk etmiş ve ona teslim olmuştur. Çünkü bekârlık şeytanın elini güçlendiren bir özelliğe sahiptir, evlilik ise şeytana karşı en güçlü silahtır.¹⁷⁶

Bu sebeple bazı fakihler, zinaya düşme tehlikesi bulunan bir kimsenin *hacc* için biriktirdiği para ile evlenerek haccını ertelemesinin tavsiyeye şayan olduğu yönünde fetva vermişlerdir.¹⁷⁷

Bu nikâhın gücüdür.

Sonuç olarak pek çok filozofun da üzerinde durduğu gibi şehvet insanla hayvanın ortak yönünü oluşturur. İnsanî şehveti hayvânî olandan ayıran onun itidal çizgisinde tutulması yani yerli yerinde doğru biçimde kullanılmasıdır. Bunun ölçüsü de din ve akıldır. İffet fazileti de bundan doğar. Bunu sağlayan araç ise nikâhtır. Bunun karşıtı, yani şehvetin serbest biçimde kullanılışı bütün semavi dinlerin yasaklamada ortak hüküm olarak belirledikleri eylem zinadır, fuhuştur ve insani-fitrî tabiatı bozulmamış bütün toplumlar tarafından reddedilmiştir.

F- Nikâh, Eyleminin Sonucuna Sahip Çıkma Erdemidir

Nikâh, eyleminden doğan bütün sonuçlara talip olmak ve üstlenmek demektir. Zina ise sorumluluktan kaçmak ve eyleminin sorumluluğunu üzerine almak, sorumluluktan kaçmak ve bunu toplumun üzerine atmaktır. Bu yönüyle nikâh ahlaki iken zina ahlaksızlıktır.

G- Nikâh, Neslin Sağlıklı Yoldan Bekasının Teminidir

Neslin korunması ve güvenli şekilde devamının sağlanması bir başka ifade ile nesil emniyeti bütün dinlerin ortak hedeflerinden sayılmış, nikâhla ilgili bütün emir ve yasaklar bu amacı gerçekleştirmek için öngörülmüştür. İslamî ilkeler doğrultusunda oluşan geleneksel aile modelinin en temel fonksiyonlarından birisi bu hedefe ulaşmak ve bunun için gerekli tedbirleri hayata geçirmektir.¹⁷⁸

176 Abdürrezzâk, *el-Musannef* (nşr. Habiburrahman el-A'zamî), Beyrut 1403, VI, 171; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, V, 163; Ebû Ya'lâ, *el-Müsned* (nşr. Hüseyin Selim Esed), Dımaşk 1404/1984, XII, 260; Taberânî, *el-Kebîr* (nşr. Hamdi es-Selefi), Musul 1404/1983, XVIII, 85.

177 Remli, *Nihâyetü'l-muhtâc*, Beyrut 1404/1984, III, 246.

178 Mustafa Yayla, *İslam Hukukunda İnsan Hakları ve Eşitlik*, Çizgi Yayınevi, Konya 2011, s. 191

Aile tipleri ve aileden beklentiler toplumlara ve kültürlere göre değişiklik arzetsen de hiç bir zaman değişmeyen işlevleri vardır. Topluma yeni üyeler kazandırmak ve cinsel hazzı belli bir düzene sokmak bunlardandır.¹⁷⁹

İnsan neslinin devamı diğer canlılarınkı ile aynı şekilde dişi / kadın ve erkeğin cinsel birleşmesiyle olur ve bunun için evlilik de şart değildir. Ancak neslin devamı sadece çocuğun dünyaya gelmesinden ibaret bir hadise değildir. Diğer bir ifadeyle insan açısından çocuk sadece biyolojik bir olgu olarak düşünülemez. Doğumun da meşru olması gerekir. Az ileride de vurgulanacağı üzere nikâh doğuma meşruiyet kazandıran bir akittir. Yani doğum, bir aile içinde meydana gelmiş olursa meşrudur.¹⁸⁰ Evlilik dışı serbest cinsel ilişki modeli sadece hayvani bir form değil aynı zamanda eyleminin sorumluluğunu üstlenmekten kaçınma karakteri taşıdığından ahlak dışı da bir davranıştır.

Cinsel birleşme ve bununla gelen üreme doğal bir özelliktir. Ünlü müfessir Muhammed Tahir b. Âşûr'un (ö.1973) ifadeleriyle kâinatın yaratıcısı mahlûkâtın türlerinin bekasını / sürekliliğini dileyince bunu doğum kanununa bağlamıştır. Bunu da her bir türün fitrî özelliği olarak kendi bünyelerine yerleştirmiştir. Bu kanun sayesinde herhangi bir teşvik ve zorlamaya gerek duymaksızın ve yine zaman-mekânla sınırlı olmaksızın her canlı türü kendiliğinden bu çoğalmayı sağlamaktadır. Allah Te'âlâ bu şekilde fitrî doğum kanunun sonuç vermesini garanti altına almıştır. Bu fitrî ilgi kanununun özelliği erkeğin dişiye meyletmesi şeklinde tecelli eder."¹⁸¹

Varlığın erkek-dişi birleşmesine bağlanması sadece insanlarla ilgili değil hayvan¹⁸² ve bitkiler¹⁸³ ile ilgili de genel kuraldır. Mesela rüzgârların fonksiyonlarından birisi erkek ve dişiye buluşturarak bitkileri aşlamak ve sebze-meyve oluşumunu sağlamaktır.¹⁸⁴ Bu sebeple canlı varlıklar çift yaratılmış,¹⁸⁵ Hz. Nûh'a (a.s.) tufandan önce gemisine her cins hayvandan birer çift alması emredilmiştir.¹⁸⁶ "Bütün çiftleri o yaratmıştır" ayeti¹⁸⁷ varlıkların hayata çıkmaları ve nesillerinin devamlılığının bu yolla sağlandığına işaret etmektedir. Bu noktada insanı diğer varlıklardan farklı kılan çiftleşme için bir zaman dilimine bağımlı olmayışıdır.

179 *Ahlâk Psikolojisi ve Sosyal Ahlâk*, İstanbul 1995, s. 207-208.

180 bk. Güngör, s. 214.

181 *Makâsîdü'ş-şer'ati'l-İslâmiyye*, s. 155.

182 Şûrâ (42), 11.

183 Hicr (15), 22.

184 Hicr (15), 22.

185 Ra'd (13), 3; Tâhâ (20), 53; Zâriyât (51), 49.

186 Hûd (11), 40; Mü'minûn (23), 27.

187 Zuhruf (43), 12.

Bu bağlamda nikâh ve ona dair ahkâm kimin kiminle evlenebileceğini belirleyen bir akit olarak nesil emniyetini güvenceye alan bir özelliğe sahiptir.

Bazı Türk ve Batılı müelliflerin tespitlerinde isabetle belirtildiği üzere modern korunma yöntemlerinin de yardımıyla cinsellikle neslin devamı arasında var olan bağın koparılması, cinselliğin aile dışına taşınması, bu konuda özgürlük söylemlerinin gün geçtikçe gücünü hissettirmesi, tamamen *hazza* dayalı erotik bir aşk şeklinde ortaya çıkan gelişme Giddens'in tabiriyle *plastik cinselliğin* tercihi, nikâh ve onun işlevine karşı olumsuz bir tavır olarak görülmelidir.¹⁸⁸

H- Nikâh, Özel Hayatın Saygınlığını Güvenceye Almaktır

Özel hayata ve aile mahremiyetine saygı evrensel bir karakter arzeder. Bunun temini için özel alanın güvenceye alınmasına, sınırlarının çizilmesine ihtiyaç vardır. Nikâhın topluma deklaresi bu amaca hizmet eden bir özelliğe sahiptir.

Nikâh, öncelikle evlenen iki kişinin özel hayatını ilgilendiren baskın karaktere sahip gözükmese de onun karı-koca dışında diğer aile bireylerini ve toplumu da ilgilendiren çok önemli sonuçları vardır. Fakat burada dikkat çekici olan husus toplumsal boyutunun da evliliğin özel tarafını koruyucu, onu tamamlayıcı, ona hizmet edici bir özelliğe sahip oluşudur. Çünkü alenilik yoluyla diğer insanlara açık olan kapılar kapanmakta, tekliflerin önü alınmakta, aile mahremiyetine saygı talep edilmekte, *muharremât* hukukunun işlerliğine katkı sağlanmaktadır. Bu fonksiyonu itibarıyla alenilik öncelikle evlenenler için zorunluluk arzeder. Evlenmiş olan erkek ve kadına her ne şekilde olursa olsun evlilik teklifinde bulunulmayacağı gibi bunu çağrıştıracak her türlü söz ve davranış da yasaktır. Hatta evli olanlar bir tarafa kocasından ayrılan ve bekleme süresi (iddet) içinde bulunan kadına dahi hiçbir surette evlilik teklifi yapılamaz, imada dahi bulunulamaz. Sadece kocası ölmüş kadına, kocasını kaybettiği için dünyevi olarak onunla bağlantısı kesildiğinden üstü kapalı bir teklif (ta'riz) yapılabilir.¹⁸⁹ Bundan da öte bir kızın istenmesi sürecinde kesin cevap alınmadan diğer bir tarafın ona talip olması dahi Hz. Peygamber tarafından yasaklanmıştır.¹⁹⁰ Bu davranış, Hanefilere göre *tahrîmen mekruh* sayılsa da diğer mezheplere göre *haram* bir davranış olarak kabul görmüştür. Söz kesildikten sonra da yeni bir teklifin önünü alan Müslüman toplumların kültüründeki nişanlılık (hitbe) dönemi sadece tarafların mutlu

188 Nazife Şişman, "Küresel Dinamikler Bağlamında Aile ve Kadın", *Günümüzde Aile*, İstanbul 2007, s. 596-597, 600-603ve buradaki referanslar.

189 Bakara (2), 235

190 Buhârî, "Nikâh", 45, "Büyü", 58, "Şurût", 8; Müslim, "Büyü", 8, "Nikâh", 38, 49-52, 54-56.

ve kalıcı bir evlilik yapabilmeleri için birbirlerini yakından tanıma süreci değil aynı zamanda aleniliği sağlayan ve özel hayatı koruma altına alan bir mekanizma olarak da işlev görmektedir. Çünkü bu süre içinde, belirlenmiş (nişan konulmuş) karı-koca adayı olarak kendilerine artık hiç kimsenin evlenme teklifinde bulunması mümkün değildir. Sonuç olarak nikâhta alenilik ilkesine riayet etmeyenlerin her an kendilerini evlilik teklifine açık tuttıkları gibi bir sonuç doğacağı için ciddi bir evlilik açısından bu kabul edilebilir bir durum değildir. Dolayısıyla nikâhı gizlemek, aleniyet ilkesini göz ardı etmek özel hayata saygı ilkesini zedeleyen bir özelliğe sahiptir.

İ- Nikâh, Birliktelikte Süreklilik Sağlayan Akittir

Kur'an-ı Kerim Allah'tan, göz aydınlığı sağlayacak (mutluluk getirecek, gönüllere sürur ve coşku verecek) eş ve çocuklar istemeyi¹⁹¹ mü'mine yakışan tavır olarak belirler. Mutluluk, ailedeki sürekliliği sağlayan ahlaki erdemlerin yön verdiği¹⁹² manevi enerjidir. Bu kalıcılık, eşlerin sevinç ve neşe içinde meleklerin karşıladığı bir törenle / seremoniyle cennete girdikleri¹⁹³ sonsuz bir sürecin ifadesidir. Bu süreklilik ebeveyn-çocuk arasında da mevcuttur.

Eşlerin en temel beklentilerinden birisi olan¹⁹⁴ ve aynı zamanda aileyi birbirine bağlayan çocuk ile anne-baba arasında kopmaz bir bağ vardır. Bunu sağlayan anne-babanın özellikle daha güçlü biçimde annenin fitrî bir güç olarak sahip olduğu ve karşılıksız sevgi anlamına gelen şefkat, çocuk açısından ise Allah'ın kendisine kulluktan sonra asli görev olarak belirlediği ana-babaya saygıdır.¹⁹⁵

Bu manevi atmosfer içinde, anne-babanın her zaman çocuklarına,¹⁹⁶ çocukların da anne-babasına¹⁹⁷ dua ettiği hatta bunu her namazda tekrarladığı¹⁹⁸ sürekli ve sıcak bir iletişim ve güçlü bir bağ oluşmaktadır. Küçüklük döneminde çocukların yaşlılık döneminde büyüklerin ihtiyaçlarının sıcak bir yuva hüviyeti taşıyan ve sevginin örgülediği böyle bir ilişki ortamında bizzat o ailenin mensupları tarafından giderilmesi profesyonel hizmet veren özel ya da kamu kurumlarının vereceği

191 Furkân (25), 74.

192 Buhârî, "Nikâh", 15; Müslim, "Radâ", 4, 6, 8, 53, 54; Ebû Dâvûd, "Nikâh", 2...

193 Ra'd (13), 23-24; Yâsîn (36), 56; Mü'min (40), 8; Zuhruf (43), 70.

194 A'râf (7)189; Ra'd (13), 38; Nahl (16), 72.

195 Bakara (2), 83; Nisâ (4), 36; En'âm (6), 151; İsrâ' (17), 22-25; Lokan (31), 13-15...

196 Bakara (2), 128-129; Âl-i İmrân (3), 38; A'râf (7), 189; İbrahim (14), 40; Furkân (25), 74; Ahkâf (46), 15.

197 İsrâ' (17), 24.

198 Kade-i ahîre'de okunan İbrahim suresinin 41. ayeti.

aynı tür hizmetten çok daha huzur veren bir özelliğe sahiptir. Hizmeti verenin yaptığı işten duyduğu manevi haz ve hizmet görenin de ona olan derin bağlılığının verdiği mutluluğu belli bedel mukabilinde hizmet veren ve alan ilişkisinin hakim olduğu kurumların (kreş, huzurevi vs.) sağlayabilmesi mümkün değildir.

J- Nikâh, Helalden Gelen Huzurdur

İnsanoğlu yasaklara karşı daha hırslıdır.¹⁹⁹ Yasağın bir cazibesi / çekiciliği vardır. Allah Te'âlâ yasaklara karşılık olarak insanların o ihtiyaçlarını giderebilecekleri alternatif helaller / mübahlar mutlaka yaratmıştır. Hz. Ömer'in (r.a.) dediği gibi "Allah bir şeyi emretmişse mutlaka o konuda yardımcı olmuştur. Bir şeyi de yasaklamışsa mutlaka ona ihtiyaç bırakmayacak bir alternatif var etmiştir."²⁰⁰ O sebeple bir mü'min açısından helalden elde edilecek zevk haramdakine göre çok daha huzur vericidir. Çünkü yasağı çiğnemenin / haramı işlemenin sonucunda doğan vicdanî rahatsızlık fitrîdir. Cinsel ihtiyacı tatminin tek meşru yolu nikâhtır. Bunun dışındaki yollar (zina, fuhuş...) yasaktır. Hz. Peygamber (s.a.s.) meşru zemindeki cinsel ilişkinin sadaka değeri taşıdığını ve eşlere sevap kazandırdığını söylediğinde bunu hayretle karşılayan sahabilerine:

"Bu kişi haram yoldan bu ihtiyacını gidermiş olsaydı suç ve günah işlemiş olmayacak mıydı?" sorusuyla mukabelede bulunmuş, cevaben de haramı bırakıp helal yoldan bu ihtiyacın karşılanmasının sevaba vesile olduğunu bildirmiştir.²⁰¹ Bu hadisten hareketle İslam alimleri eşlerin iffetlerini koruma ya da çocuk sahibi olabilme amacıyla yaptıkları cimmanın ibadet karakteri taşıdığını belirtmişlerdir.

İnsanlar cinsel ihtiyaçlarını aile dışında belki daha iyi karşılayabildiklerini düşününcebilirler diğer bir deyişle cinsel zevklerini daha çok tatmin ettiklerini zannedebilirler. Bu iki açıdan sorunludur. Birincisi izin verilmeyen bir yoldan şehvetin tatmini yoluna gidilmesi asla bir Müslümanın huzuruna katkı sağlamayacaktır. Kalbi kaskatı kesilmemiş ise vicdanı onu rahatsız edecektir. Çünkü vicdan Nured-din Topçu'nun ifadesi ile "vicdan, Allah'ın kalbimizdeki sesidir." Bu sesin kaybolmaması yasak meyvenin zehirli ve yakıcı etkisini yüreğinde hissettirecektir.

İkincisi hazların tatmini ancak meşru yollardan mümkün olabilir. Zira George Simmel'in isabetli tespitinde olduğu gibi asıl amaçtan ferağat edilip bizzat

199 Fahreddin er-Râzî, *Mefâtihu'l-gayb*, Beyrut 1421/2000, XXIII, 117; Nizâmüddin en-Neysâbüri, *Garâibü'l-Kurân ve regâibü'l-Furkân* (nşr. Zekeriyâ Umeyrân), Beyrut 1416/1996, I, 268; III, 219, 275, 341, 438; V, 143.

200 Mâverdi, *Edebü'd-dünya ve'd-din*, Beyrut 1986, s. 322.

201 Müslim, "Zekât", 53; Ebû Dâvûd, "Edeb", 160, "Tatavvu", 12; Ahmed b. Hanbel, el-Müsned, V, 154, 161, 167, 168, 178.

kendisi amaç olarak kullanılan haz, doyum öncesi anla sınırlandırılmıştır. Bu haz yaşanmaya başlandığında yenisini uyandırır ve başka bir arayışı tetikler. Bu süreç onun tatminini imkânsız kılan bir özellik arz eder.²⁰² İşte Hz. Peygamber'in doymayan nefisten Allah'a sığınması²⁰³ ve Kur'ân-ı Kerîm'in taparcasına hazlarına mağlup olanı kınaması²⁰⁴ bu açıdan oldukça anlamlıdır.

Burada üçüncü bir noktaya daha dikkat çekilmelidir ki o da şehvetin serbest şekilde kullanılması halinde aile diye bir kurum kalmayacaktır. Oysa aile insanlık için hayati önemi haizdir.

K- Nikâh, *Mîsâk-ı Galîz*'dir

Nikâh sadece akdi yapanlar arasında bir sözleşme değil aynı zamanda Allah'a verilen de bir sözdür (*mîsâk-ı galîz*).²⁰⁵ *Mîsâk-ı galîz*, içten ve kesin olarak verilen sözü, sağlam bağı ifade eder.²⁰⁶ Sözleşmenin galîz oluşu onun kesin, ağır, kuvvetli ve önemli olduğunu belirtir.²⁰⁷ İslam'da aile kurumunun devamı esastır. Bu da nikah akdinin sürekliliğini ve boşanmaların hoş karşılanmadığını da ifade eder.²⁰⁸ Nitekim Oysa Hz. Peygamber (s.a.s.) Allah'ın hiç sevmediği halde talaka izin verdiğini bildirmektedir.²⁰⁹

Kur'ân-ı Kerîm'in nikâhı kocanın karısına verdiği *mîsâk-ı galîz / sağlam söz, teminat*²¹⁰ olarak tavsif etmesi, Hz. Peygamber'in: "Siz onları Allah'ın kelimesiyle helal edindiniz"²¹¹ şeklindeki ifadesi sorumluluğun mahiyetine çok önemli bir vurgudur.

Hz. Peygamber'in veda hutbesinde: "*Kadınlar konusunda Allah'ın buyurduğu hususlarda hassas olun. Çünkü siz kadınları Allah'ın emaneti olarak aldınız*"²¹² şeklindeki hadisi kocanın eşine karşı ne kadar ağır bir sorumluluk yüklendiğini gös-

202 *Bireysellik ve Kültür* (çev. Tuncay Birkan), İstanbul 2009, s. 184.

203 Müslim, "Zikir", 73; Ebû Dâvûd, "Vitr", 32; Tirmizî, "De'avât", 68; Nesâî, "İstiâze", 2, 13, 18, 61, 64; İbn Mâce, "Mukadime", 23, "Duâ", 2.

204 Furkân (25), 43; Câsiye (45), 23.

205 Nisâ' (4), 21.

206 Râgıb el-İsfahânî, *el-Müfredât*, s. 853.

207 Zemahşerî, *el-Keşşâf*, I, 492; III, 525.

208 Mustafa Yayla, *İslam Hukukunda İnsan Hakları ve Eşitlik*, Çizgi Yayınevi, Konya 2011, s. 279

209 Ebû Dâvûd, "Talâk", 3; İbn Mâce, "Talâk", 1.

210 Nisâ' (4), 21.

211 Müslim, "Hacc", 147; Ebû Dâvûd, "Menâsik", 56; İbn Mâce, "Menâsik", 84.

212 Ebû Dâvûd, "Menâsik", 56; İbn Mâce, "Menâsik", 84; Dârimî, "Menâsik", 34; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, V, 73.

termesi açısından son derece önemlidir. Emânete riayetsizlik ihanettir ve bu hadise göre ihanet, eşten önce Allah'a karşı yapılmaktadır. Çünkü emanet eden O'dur. Ayrıca Kur'ân-ı Kerîm başka bir ihtimale yol vermeyecek açıklıkta “kadınlarınıza iyi davranın”²¹³ emriyle özellikle erkekleri uyarırken Hz. Peygamber de her alanda olduğu gibi²¹⁴ bu konuda da en güzel model olmuştur. Nitekim bir hadisinde:

“Allah katında sizin en hayırlınız kadınlara karşı iyi davranmanızdır. Bu konuda en iyi örneğiniz de benim” buyurmuştur.²¹⁵

Eşi Hz. Âişe de bunu tasdik ederek Onun eşlerine ve hizmetçilerine asla kötü davranmadığını açıkça ifade etmiştir.²¹⁶

Hz. Peygamber'in eşlerini camdan sırcalara benzetmesi²¹⁷ eşlerine karşı nezakette de model olma boyutunu gösteren önemli bir örnektir. Sonuçta bu kavramların sorumlu kişiye yüklediği görev, almak değil vermek, bencillik değil fedakârlık ve *isâr*, karşı tarafın memnuniyetidir. İlişkiyi belirleyen en alt derecedeki kavram ise adalettir. Adalet hak edene hak ettiğini vermekle sınırlıdır ve bu yönüyle ilişkilerin en alt sınırını belirler.

Nikâh'ın *mîsâk-ı galîz* özelliği ile *emanet sorumluluğu* bunun yanı sıra yuvaya hâkim olan *meveddet ve rahmet*, buyurgan tavrı, güce dayalı iktidarı, duyguların bencilliğini ortadan kaldıran bir işlev görür, ilişkilerin yatay biçimde seyretmesini sağlar. Huzuru sağlayan da bu zihniyettir. Bütün bunların tabii bir sonucu olarak aile kurumunda *reis* yetki kullanan, egemen olan değil sorumluluk üstlenmiş ve temsil konumunda bulunan şahıs demektir. Meveddet ve rahmetin anlamı az aşâğıda ele alınacaktır.

Kur'ân-ı Kerîm'in nikâhı, *mîsâk-ı galîz* olarak tanımlaması aynı zamanda yaratılış sözleşmesine de bir işarettir. Çünkü insanlar *elest bezminde* Allah Te'âlâ ile yaptıkları sözleşmede Allah'ı Rab olarak tanıyıp onun buyruklarına göre hareket edeceklerine dair verdikleri sözlerini de hatırlatmaktadır. Buna göre nikah ile çerçevesi çizilen evlilik hukukunu süflî arzularına göre yönetmeye kalkışmamaları ve Allah'ın buyruklarına boyun eğerek ilişkilerine yön vermelerini, arzularına değil Allah'a kul olmalarını hatırlatmaktadır. Allah ile yapılan sözleşmede roller

213 Nisâ' (4), 19.

214 Ahzâb (33), 21.

215 İbn Mâce, “Nikâh”, 50; Dârimî, “Nikâh”, 55; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, II, 472.

216 İbn Mâce, “Nikâh”, 51. İbn Mâce, “Nikâh”, 50

217 Buhârî, “Edeb”, 90, 95, 111, 116; Müslim, “Fezâil”, 70-73; Dârimî, “İsti'zân”, 65.

belirlenmiştir.²¹⁸ Karı-koca buna rıza göstermeli ve birbirlerinin rollerinin peşine düşmek bir yana akıllarının ucundan bile geçirmemelidirler. Zira karı-koca rolleri arasında Allah katında bir fark yoktur.²¹⁹

Kur'ân-ı Kerîm ailenin işleyişini de öncelikle birbirlerinin sebep-sonucu olacak üç kavram üzerinden belirlemiştir. Bunlar *rahmet-meveddet-sekînet*tir.²²⁰

Nikâh aile içi uyumsuzlukların çözümünde de izlenecek yol haritasını belirlemiştir. Taraflar evlilik sözleşmesi ile birlikte bu yol haritasını da kabul etmişlerdir.²²¹ Evlilik birliğinin yürümeyecek hale gelmesinden sonra da güzellikle ayrılarak kendilerine yeni bir yol çizeceklerdir.

Boşanmanın, dini, ahlaki ve Müslüman kültürü açısından hoş karşılanmayan bir tasarruf olsa da evliliğin taraflardan birisi veya her ikisi açısından da çekilmez hale gelmesi durumunda bir çözüm olduğunu kabul etmek gerekir. Bu durumda da ayrılmanın güzellikle yapılması, tarafların birbirlerini incitici tavır takınmamları Kur'ân-ı Kerîm'in emridir.²²² Her iki taraf da evlilik akdi sonlanmış olsa da kendileri için kalıcı hükümlerinin bulunduğunu, çocukları varsa günlük hayatta yollarının belli ölçüde kesişeceğini, evlenme ve ayrılmalarının sadece kendilerini değil çevrelerini de ilgilendirdiğini bilmelidir.

SONUÇ

Nikâhta birçok hak birleşmiştir. Bunlar Allah, insan, toplum, ebeveyn, karı-koca, çocuk, kişilik hakları olarak sıralanabilir. Hakkın karşısında ona karşı vazifeli olan birisi vardır. O da karı ve kocadır.

Nikâh, üremenin tek meşru yoludur. Bütün dinlerde nikâha biçilen temel rol budur. Bir çocuğun doğumu nikâhın sağladığı cinsel ilişki yoluyla olmuşsa meşrudur. Zina ya da fuhuş yoluyla doğum ise her ne kadar doğan çocuğun bir dahli olmasa da rencide edicidir ve çocuk hakkı ihlalidir.

İnsanın en zayıf olduğu şehvet gücünün kontrolü ve bunun sonucunda doğan iffet ise nikâhın diğer bir hedefidir. Bütün dinler zina ve fuhuşu yasaklamış, cinsel

218 Nisâ' (4), 34; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, Kahire 1327-28/1910, IV, 24.

219 Nisâ' (4), 32.

220 Rûm (30), 21. Bu kavramların açıklaması için bk. Saffet Köse, *Genetiğiyle Oynanmış Kavramlar*, Konya 2016, s. 265 vd.

221 Sıraya göre: Nisâ' (4), 34; Bakara (2), 226; Nisâ' (4), 35; Bakara (2), 228; 229; 230.

222 Bakara (2), 230.

ihtiyacın helal yoldan nikâhla karşılanmasını öngörmüşlerdir. Bu yolun insana sağladığı huzur ve iç rahatlığı nikâhın bir başka açıdan değerini ortaya koymaktadır.

Kur'ân ve Sünnetin öngördüğü en temel ilke nikâhın mutluluk ve kalıcılık üzerine kurulmasıdır. Bu birliktelik sonsuza kadar gidecek sürekliliği ifade eder. Bunu sağlayan, metinde analizi yapılan aile içi ilişkilerin temelindeki *rahmet*, *meveddet* ve *ihsan*dır. Nikâhtan doğan eşlerin rollerinde de bu kavramlar belirleyicidir.

Nikâh bir akittir. Akit hak ve yükümlülükleri belirler. Ancak Kur'ân ve sünnetin vazife merkezli ilişkiler ağının kurulması aile için de geçerli hatta daha da gereklidir. Çünkü hak, samimiyetle bütünleşmenin olduğu ailede ilişkilerin en zayıf temelini teşkil eder.

Nikâh, nimet, iffet, ibadet, huzur ve sağlam teminattır.

MOLLA HÜSREV'İN FATİH'E SUNDUĞU FIKIH USÛLÜ RİSÂLESİNİN TAHLİL VE TERCÜMESİ

Yrd. Doç. Dr. Hasan ÖZER*

Özet: Osmanlı Devleti yükselme devri âlimlerinden Molla Hüsrev, Çelebi Mehmed 1413-1421, II. Murat (1421-1451) ve Fatih Sultan Mehmed (1451-1481) dönemlerinde yaşamıştır. Birçok alanda eserler vermiş ve özellikle fıkıh ve usûl-i fıkıh dallarında kaleme aldığı *Mir'âtü'l-usûl fi şerhi Mirkâtî'l-vüsûl ve Dürerü'l-hükkâm fi şerhi Gureri'l-ahkâm* adlı telifleri medreselerde ders kitabı olarak okutulmuştur. *Dürerü'l-hükkâm*'ı Osmanlı döneminde mahkemelerde kadılar tarafından müracaat edilen yarı resmi hukuk kodu olarak kabul edilmiştir. Bunlara ilaveten Molla Hüsrev, Fatih Sultan Mehmed'e sunduğu yedi buçuk varaklık usûl-i fıkıh risalesinde bu ilmin önemli konularını veciz bir şekilde ele almıştır ki bu, adı geçen risâle hakkında aşağıda yapılan değerlendirmeden de anlaşılmaktadır. Bu yazıda Molla Hüsrev'in hayatı, yaşadığı dönemin siyasî durumu, hocaları, talebeleri ve icazet/hoca silsilesi üzerinde durulmuş, ayrıca sonuna Risâle'nin tercümesi ilave edilmiştir. Böylece Molla Hüsrev'in ilmi birikimine ve Osmanlı âlimleri arasındaki ilmi konumuna katkı sağlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Molla Hüsrev, Fatih Sultan Mehmed, Usûl-i Fıkıh Risâlesi, İlim Silsilesi.

Translation and Analysis of Molla Husrev's Booklet of Fiqh Method that He Presented to Fatih Sultan Mehmed

Abstract: Molla Hüsrev who was one of the Ottoman rising period scholars lived at time period of Çelebi Mehmed (1413-1421), Murat the II. (1421-1451) and Fatih Sultan Mehmed (1451-1481). He composed works in a lot of science field and some of them were taught at madrasahs as a textbook especially the ones that he wrote up *Mir'âtü'l-usûl fi şerhi Mirkâtî'l-vüsûl ve Dürerü'l-hükkâm fi şerhi Gureri'l-ahkâm* at the field of Fiqh and Method of Fiqh. Also it's seen that his work named *Dürerü'l-hükkâm* was next to an unofficial law corpus which was consulted by cadis in trials at Ottoman period. Besides it's seen that seven and half-lamina-long booklet of fiqh method that Molla Hüsrev wrote up and presented to Fatih Sultan Mehmed approached important subject of this science in a succinct way. Its understood from assessment below of the booklet which was mentioned. In this article, life, political landscape of his time, his teachers, his pupils and his four-teacher sequence are revealed by giving references from sources. Translation of the mentioned booklet is supplemented at the end of the article. Thus, its revealed that Molla Hüsrev was one of the most important scholars of Ottomans.

Keywords: Molla Hüsrev, Fatih Sultan Mehmed, Booklet of Fiqh Method, Science sequence.

GİRİŞ

Molla Hüsrev (ö. 885/1480), Osmanlı Devleti'nde kritik görevlerde bulunmuş; müderrislik, kadılık, kazaskerlik ve şeyhülislâmlık yapmış; tefsir, fıkıh, fıkıh usûlü ve Arap Dili gibi farklı alanlarda eserler vermiş bir Osmanlı âlim ve fakihidir.

* Dumlupınar Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi, hasankafiyeci@gmail.com

Kaynaklarda Fatih Sultan Mehmed'in Molla Hüsrev'e "Zamanın Ebû Hanîfe'sidir" diyerek iltifat ettiği ve derin saygı duyduğu görülmektedir.¹ Aynı zamanda Molla Hüsrev, Osmanlı Devleti'nin en önemli hukukçularından birisidir. Kendisi padişahın huzurunda gerçekleştirilen ilmî tartışmalarda da reisü'l-ulemâ sıfatıyla hakemlik yapmıştır.²

Molla Hüsrev'in, Fatih Sultan Mehmed'e takdim ettiği fıkıh usulüne dair risâlenin tercümesinin de sunulduğu bu çalışmada, öncelikle müellifin yaşadığı dönemin kısaca siyasî ve ilmî durumuna değinilmiştir. Daha sonra müellifin hayatı, hoca silsilesi, görevleri, talebeleri, vefatı ve eserleri ele alınmış ve söz konusu risâlenin tanıtımı ve değerlendirilmesi yapılmış, sonuna da risâlenin tercümesi eklenmiştir.

I - YAŞADIĞI DÖNEMİN SİYASÎ VE İLMÎ DURUMU

Molla Hüsrev'in doğum tarihi tam olarak bilinmemektedir. Bununla beraber vefat tarihi göz önünde bulundurulduğunda, XV. asrın ilk seksen yılında yaşadığı tahmin edilebilir. Buna göre Molla Hüsrev'in, Çelebi Mehmed (ö. 825/1421), II. Murat (ö. 855/1451) ve Fatih Sultan Mehmed (ö. 886/1486) dönemlerinde yaşadığını söyleyebiliriz.³

Bu dönemlerin siyasî durumu hakkında anahatlarıyla şunlar söylenebilir:

Yıldırım Bayezid'in (ö. 806/1403) Ankara Savaşı'nda (804/1402) Timur'a mağlup olmasının ardından Osmanlı Devleti birliğini kaybetti ve Anadolu'da istikrarsızlık baş gösterdi. Yıldırım Bayezid'in vefatının akabinde devletin başına geçen oğlu Çelebi Mehmed 816'da (1413) Edirne'de tahta çıktıktan sonra bütün gayretini tekrar Anadolu'da birliği sağlamaya hasretti.⁴ Çelebi Mehmed'den sonra iki defa padişahlık görevine gelen oğlu II. Murat döneminde ise bu çabanın meyveleri alınmaya başlandı ve Anadolu'da birlik tekrar sağlandı. 25 Haziran 1421 yılında devletin başına geçen II. Murat 23 yıl sonra 1444'te saltanatı on iki yaşındaki oğlu II. Mehmed'e devretti. Ancak devlet yönetiminde zaaf oluşmaması için Varna Savaşı'nın ardından II. Murat, 1446'da tekrar yönetimin başına geçti ve 1451'de vefatına kadar bu görevde kaldı.

II. Murat'ın vefatından sonra oğlu II. Mehmed 16 Muharrem 855'te (18 Şubat 1451) on dokuz yaşında ikinci defa Osmanlı tahtına oturdu. Fatih Sultan Mehmed dönemi, Osmanlı Devleti için her yönüyle bir dönüm noktası oldu. Gerek teşkilatlanma ve gerekse hanedanın hükmü altında bulunanlara gösterilen anlayış ve yakla-

1 Mahmûd b. Süleyman el-Kefevî, *Ketâibü a'lâmi'l-ahyâr min fukahâi mezhebi'n-Nu'mâni'l-muhtâr*, Millet Ktp., Feyzullah Efendi, no. 1381, vr. 370^b.

2 Kefevî, *Ketâib*, vr. 385^b.

3 Padişahlarla ilgili bilgi için bkz. İnalçık, Halil, *Osmanlı Sultanları*, İstanbul 2011, s. 139-226; Koca, Ferhat, *Molla Hüsrev*, Ankara 2008, s. 15-20.

4 Bu dönemde Osmanlı şehzadelerinin saltanat mücadeleleri, isyanların bastırılması ve yeniden birliğin sağlanması konularında ayrıntılı bilgi için bkz. Uzunçarşılı, İsmail Hakkı, *Osmanlı Tarihi*, Ankara 1988, I, 328-451; Koca, Ferhat, "Molla Hüsrev'in Hayatı Eserleri ve Kişiliği", *Uluslararası Molla Hüsrev Sempozyumu*, Bursa 2013, s. 21.

şım bakımından söz konusu dönemde büyük değişimler/gelişmeler yaşandı. Mesela II. Mehmed, Rum soylularına ait gençleri sarayına alıp bunlara Osmanlı idaresinde önemli görevler verdi.⁵

Ankara Savaşı'ndan sonra dağılma süreci yaşayan Osmanlı Devleti, I. Mehmed Çelebi ile tekrar birliğini sağladıysa da isyanların ardı arkası kesilmemişti. Bunların en önemlilerinden birisi Simavna Kadısı oğlu Şeyh Bedreddin'in isyanı idi.⁶ II. Murat döneminde de yine iç isyanlar ve Haçlıların Balkanlar'daki hücumları devam etti. II. Mehmed tekrar tahta çıktıktan sonra tüm bu çalkantılar içinde zor da olsa ilk ve en önemli hedef olarak belirlediği İstanbul'un fethini gerçekleştirebildi (1453).

Osmanlı Devleti bu süreçte bir taraftan isyanlarla uğraşırken diğer taraftan da ilây-ı kelimetullah uğrunda fetihlere devam ediyordu. Tüm bu meşguliyetine rağmen ilmî faaliyetleri de aksatmadan devam ettiriyordu. Osmanlı Devleti'ne bu dönemde çeşitli ülkelerden "beyin göçü" olarak nitelendireceğimiz tarzda bir ilmî göç yaşanmıştı. Bunun neticesi olarak Osmanlı Devleti'nin merkezi sayılabilecek İznik, Bursa, Edirne ve fetihden sonra İstanbul birer ilim merkezi olarak temayüz etti.⁷

Osmanlı âlimlerini; (a) temel eğitimlerini Osmanlı Devleti'nde görüp dışarıda ihtisas yapmış gelenler; (b) hem temel eğitimini hem de ihtisas eğitimini Osmanlı topraklarında yapanlar ve (c) başka ülkelerde yetişip uzman olarak Osmanlı Devleti'ne gelenler olmak üzere üç grupta toplamak mümkündür.⁸ Bunlar arasında Molla Hüsrev, temel eğitimden yükseköğrenimine kadar tüm tahsilini kendi memleketinde yapan âlimler içerisinde sayılabilir.⁹ Molla Hüsrev'in ilim silsilesi zikredilirken, gerek Osmanlı Devleti'ne dışardan gelmiş ve gerekse Anadolu'da yetişmiş olsun, ders aldığı hocaların Osmanlı medreselerinde görev yaptığı ve Molla Hüsrev'in de onlardan bu medreselerde istifade ettiği kesin bir dille ifade edilebilir.

Osmanlı Devleti'nde ilmî faaliyetleri anlatırken bir konuya daha dikkat çekmenin yararlı olacağı kanaatindeyiz. Fatih Sultan Mehmed zamanına kadar Osmanlı'da fıkıh, kelâm, mantık, meânî ve bunlarla ilgili ilimler klâsik İslâmî medreselerde olduğu gibi okutulmuş; ancak Fatih'in tahta geçmesinden itibaren felsefî, riyazî ve teknik ilimlere

5 Koca, "Molla Hüsrev'in Hayatı Eserleri ve Kişiliği", *Uluslararası Molla Hüsrev Sempozyumu*, s. 22; İnalçık, Halil, "Mehmed II" *DİA*, XXVIII, Ankara 2003, s. 404-405.

6 bkz. Uzunçarşılı, *Osmanlı Tarihi*, I, 363-366.

7 Uzunçarşılı, *Osmanlı Tarihi*, I, 522-524; a.mlf., *Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı*, Ankara 1988, s. 1-10; Özket, Hasan, *Molla Hüsrev ve Mir'âtü'l-Usul Adlı Eserinin Kaynakları* (Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslâm Bilimleri Anabilim Dalı, Yayınlanmamış, Yüksek Lisans Tezi), Erzurum 1992, s. 15; Koca, "Molla Hüsrev'in Hayatı Eserleri ve Kişiliği", *Uluslararası Molla Hüsrev Sempozyumu*, s. 22.

8 Uzunçarşılı, *Osmanlı Tarihi*, I, 219-225; Özket, *Molla Hüsrev ve Mir'âtü'l-Usul Adlı Eserinin Kaynakları*, s. 16; Koca, "Molla Hüsrev'in Hayatı Eserleri ve Kişiliği", *Molla Hüsrev Sempozyumu*, s. 46.

9 Cici, Recep, *Osmanlı Dönemi İslam Hukuku Çalışmaları*, Bursa 2001, s. 197; a.mlf., "Molla Hüsrev'in Osmanlı Hukuk Düşüncesindeki Yeri", *Uluslararası Molla Hüsrev Sempozyumu*, Bursa 2013, s. 154-155; Koca, "Molla Hüsrev'in Hayatı Eserleri ve Kişiliği", *Uluslararası Molla Hüsrev Sempozyumu*, s. 45.

daha önceki dönemlere göre biraz daha fazla önem verilmiştir. Babası II. Murat gibi Fatih'in din ve mezhep ayrımı gözetmeksizin bütün ilim erbabını himaye edip onlara iltifat etmesi¹⁰ neticesinde pek çok âlim Osmanlı ülkesine göç etmiştir. Bu da Osmanlı coğrafyasında ilmî canlılığı ve verimliliği artıran en önemli hususlardan birisidir.

II. HAYATI

Fatih Sultan Mehmed'in; "Zamanın Ebû Hanifesi" diye iltifat ettiği Molla Hüsrev, Osmanlı Devleti'nin üçüncü şeyhülislamı olup, tam adı Muhammed b. Ferâmuz b. Ali el-Hanefî'dir.¹¹ Doğum yeri ise Sivas ile Tokat arasında Yerköy'e yakın Kargın köyüdür. Bu bölgede yerleşik Türkmenlerden Ersak (Versak) kabilesinden olduğu belirtilmektedir.¹²

Molla Hüsrev'in, nesebi ve ailesi ile ilgili farklı görüşler bulunsa da Müslüman bir aileden geldiğini ileri sürenlerin tercihi daha isabetli bulunmaktadır. Çünkü ismi Muhammed'dir. Ayrıca babası Ferâmuz ile dedesinin isimleri de Ali'dir. Babası ve dedesinin sadece Müslüman değil aynı zamanda hoca olmaları da buna işaret etmektedir.¹³ Ayrıca Molla Hüsrev'in *Mir'ât*'in ferağ kaydında kendi el yazısıyla yazdığı "ketebhe ve ellefihu el-fakîr Muhammed b. Ferâmerz b. Ali"¹⁴ ifadesi, onun Müslüman bir aileden geldiğini desteklemektedir.¹⁵

Daha önce de kısaca belirtildiği gibi Molla Hüsrev, yükseköğrenim dâhil bütün tahsilini memleketinde yapmıştır. İlyas b. Yahya b. Hamza er-Rûmî (ö. 786/1384), Molla Fenârî'nin (ö. 834/1431) oğlu Bursa kadısı Yusuf Bâlî (ö. 846/1442-43), Molla Fenârî'nin talebelerinden Molla Yegân diye meşhur Molla Muhammed b. Armağan

10 Fatih Sultan Mehmed dönemi ilmi faaliyetler ve başka dillerden yapılan tercüme için bkz. Uzunçarşılı, *Osmanlı Tarihi*, II, 149 vd.

11 Taşköprizâde, Ebû'l-Hayr İsmâüddin Ahmed Efendi, *eş-Şekâiku'n-Nu'mâniyye fi 'ulemâid-devleti'l-Osmâniyye* (tak. A. Suphi Furat), İstanbul 1985, s. 116; Kefevî, *Ketâib*, vr. 370^a; Leknevî, Ebû'l-Hasenât Muhammed Abdülhay b. Muhammed, *el-Fevâidu'l-behiyye fi terâcimi'l-Hanefiyye*, Beyrut 1418/1998, s. 302-303; Bursalı Mehmed Tahir, *Osmanlı Müellifleri*, İstanbul 1333, I, 293; Cici, *Osmanlı Dönemi İslam Hukuku Çalışmaları*, s. 197; a.mlf., "Molla Hüsrev'in Osmanlı Hukuk Düşüncesindeki Yeri", *Uluslararası Molla Hüsrev Sempozyumu*, s. 153-154; Koca, "Molla Hüsrev'in Hayatı Eserleri ve Kişiliği", *Uluslararası Molla Hüsrev Sempozyumu*, s. 23-24; a.mlf., "Molla Hüsrev", *DİA*, XXX, İstanbul 2005, s. 252.

12 Taşköprizâde, *eş-Şekâiku'n-Nu'mâniyye*, s. 116; Kefevî, *Ketâib*, vr. 370^a; Bursalı Mehmed Tahir, *Osmanlı Müellifleri*, I, 292; Cici, *Osmanlı Dönemi İslam Hukuku Çalışmaları*, s. 197; a.mlf., "Molla Hüsrev'in Osmanlı Hukuk Düşüncesindeki Yeri", *Uluslararası Molla Hüsrev Sempozyumu*, s. 154; Koca, *DİA*, XXX, s. 252.

13 Ayrıntı ve tartışmalar için bkz. Taşköprizâde, *eş-Şekâiku'n-Nu'mâniyye*, s. 116 vd.; a.mlf., *Miftâhu's-sa'âde ve Mîsbâhu's-siyâde fi Mevzû'âtî'l-'ulûm* (tah. Kâmil Kâmil Bekri ve Abdülvehhab Ebû'n-Nur), Kahire 1968, II, 192; Kefevî, *Ketâib*, vr. 370^a; Leknevî, *el-Fevâidu'l-behiyye*, s. 303; Bursalı Mehmed Tahir, *Osmanlı Müellifleri*, I, 292; Cici, *Osmanlı Dönemi İslam Hukuku Çalışmaları*, s. 197; a.mlf., "Molla Hüsrev'in Osmanlı Hukuk Düşüncesindeki Yeri", *Uluslararası Molla Hüsrev Sempozyumu*, s. 154; Özet, *Molla Hüsrev ve Mirâtü'l-Usul Adlı Eserinin Kaynakları*, s. 117-18; Koca, *Molla Hüsrev*, s. 31-35; a.mlf., "Molla Hüsrev'in Hayatı Eserleri ve Kişiliği", *Uluslararası Molla Hüsrev Sempozyumu*, s. 22. Koca, *DİA*, XXX, s. 252.

14 كتبه وألفه الفقير محمد فرامرز بن علي

15 Molla Hüsrev, *Mir'âtü'l-usûl*, Köprülü Ktp., Fazıl Ahmed Paşa, no. 527, vr. 194^a.

(ö. 878/1473) ve Teftâzânî'nin öğrencisi Burhaneddin Haydar el-Herevî (ö. 830/1427) gibi dönemin âlimlerinden icazet almıştır.¹⁶

a. Hocaları ve Hoca Silsilesi

Fatih Sultan Mehmed'in huzurunda yapılan ilmî tartışmalarda **reisü'l-ulemâ** sıfatıyla hakemlik yapan ve oturum idare eden Molla Hüsrev'in dört ayrı hoca silsilesi şöyledir:¹⁷

1 – Molla Hüsrev, Molla Fenârî'nin oğlu Bursa Kadısı Yusuf Bâlî'den icazet almış olup, buradaki ilim silsilesi şöyledir:

Hz. Muhammed Sallallahu Aleyhi ve Sellem (ö. 10/632)
Abdullah b. Mesud (ö. 32/653)
Alkame b. Kays (ö. 62/682)
İbrahim en-Nehâî (ö. 96/714)
Ebû Amr eş-Şa'bi (ö. 104/722)
Hammad b. Ebî Süleyman (ö. 120/738)
Ebû Hanîfe Nu'mân b. Sâbit (ö. 150/767)
İmâm Muhammed eş-Şeybânî (ö. 189/805)
Ebû Hafs el-Kebîr el-Buhârî (ö. 216/831)
Ebû Hafs es-Sağîr Ebû Abdullah (ö. 264/877)
Abdullah b. Muhammed es-Sebezmûnî (ö. 340/952)
Ebu Bekir Muhammed b. el-Fadl el-Buhârî (ö. 381/991)
Ebû Ali en-Neseî (ö. 424/1033)
Şemsüleimme Abdülaziz b. Ahmed el-Halvânî (ö. 452/1060)
Şemsüleimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî (ö. 483/1090)
Burhanüleimme Abdülaziz b. Ömer (ö. 495/1102)
Sadrüşşehîd Husameddin Ömer b. Abdülaziz b. Ömer b. Mâze (ö. 536/1141)
Sahibu'l-Hidâye Merğînânî (ö. 593/1197)
Şemsüleimme Muhammed b. Abdüsettâr el-Kerderî (ö. 642/1244)
Hâfızuddîn el-Kebîr Muhammed b. Nasr el-Buhârî (ö. ?)
Hüsameddîn Hüseyin b. Ali es-Sıgnâkî (ö. 714/1314)
Kıvâmüddîn Muhammed b. Muhammed el-Kâkî (ö. 749/1348)
Ekmeleddin Muhammed b. Mahmud el-Bâbertî (ö. 786/1384)
Sadeddîn Teftâzânî (ö. 793/1390) Molla Fenârî Şemseddin Muhammed b. Hamza (ö. 834/1431)
Burhaneddin Haydar Herevi (ö. 830/1427) Yusuf Bâlî (Molla Fenârî'nin Oğlu, Bursa Kadısı) (ö. 846/1442-43) Molla Yegân diye meşhur Molla Muhammed b. Armağan (ö. 878/1473)

16 Taşköprizâde, *eş-Şekâiku'n-Nu'mâniyye*, s. 117; Kefevî, *Ketâib*, vr. 370^a; Uzunçarşılı, *Osmanlı Tarihi*, II, 657; Cici, *Osmanlı Dönemi İslam Hukuku Çalışmaları*, s. 197; Koca, *Molla Hüsrev*, 39.

17 Kefevî, *Ketâib*, Millet Ktp., vr. 71^b-72^a; 370^a-371^b; Koca, *Molla Hüsrev*, s. 39; Köse, Saffet, *İslâm Hukukuna Giriş*, İstanbul 2014, s. 172.

2- Molla Hüsrev'in ders aldığı diğer bir hocası, Molla Fenârî'nin talebelerinden Molla Yegân diye meşhur Molla Muhammed b. Armağan'dır. Buradaki ilim silsilesi Yusuf Bâlî'nin silsilesi ile aynıdır.¹⁸

3- İlyas b. Yahya b. Hamza er-Rûmî'den (ö. 786/1384) gelen ilim silsilesi:¹⁹

Hz. Muhammed Sallallahu Aleyhi ve Sellem (ö. 10/632)
Abdullah b. Mesud (ö. 32/653)
Alkame b. Kays (ö. 62/682)
İbrahim en-Nehaî (ö. 96/714)
Ebû Amr eş-Şa'bî (ö. 104/722)
Hammad b. Ebî Süleyman (ö. 120/738)
Ebû Hanîfe Nu'mâm b. Sâbit (ö. 150/767)
İmâm Muhammed eş-Şeybânî (ö. 189/805)
Ebû Hafs el-Kebîr el-Buhârî (ö. 216/831)
Ebû Hafs es-Sağîr Ebû Abdullah (ö. 264/877)
Abdullah b. Muhammed es-Sebezmûnî (ö. 340/952)
Ebu Bekir Muhamed b. el-Fadl el-Buhârî (ö. 381/991)
Ebû Ali en-Neseî (ö. 424/1033)
Şemsüleimme Abdülaziz b. Ahmed el-Halvânî (ö. 452/1060)
Şemsüleimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsi (ö. 483/1090)
Şemsüleimme ez-Zerencerî (ö. 512/1118)
İmâdüddin ez-Zerencerî (ö. 536/1141)
İmamzâde eş-Şerğî (ö. 573/1177)
Cemalüddin el-Mahbûbî (ö. 642/1244)
Sadruşşeria Şemsüddin Ahmed (VII/XIII. asır)
Tâcuşşeria Ömer b. Sadrişşeria b. Mahmud el-Mahbûbî (ö. 709/1309)
Sadruşşeria Ubeydullah b. Mesud b. Ömer b. Ubeydullah b. Mahmud (ö. 747/1346)
Ebu't-Tâhir Muhammed b. el-Hasan b. Ali et-Tâhirî (ö. 749/1348)
Muhammed b. Mahmud el-Hâfîzî el-Buhârî Hoca Muhammed Parsa (ö. 822/1419)
İlyas b. Yahya b. Hamza er-Rûmî (ö. ?)
Molla Hüsrev (ö. 885/1480)

4- Edirne'de Teftâzânî'nin talebesi Burhaneddin Haydar el-Herevî'den ders ve icazet almıştır.²⁰

Burada verilen icazetnamelerden hareketle Molla Hüsrev'in ilim/hoca silsileleri hakkında şöyle bir değerlendirme yapmak mümkündür:

18 Kefevî, *Ketâib*, vr., 71^b-72^a; 370^a-371^b; Köse, *İslâm Hukukuna Giriş*, s. 172.

19 Kefevî, *Ketâib*, vr., 359^b-360^a.

20 Kefevî, *Ketâib*, vr., 370^a, 416^b-417^a.

H. Muhammed (s.a.v), Abdullah b. Mesud, Alkame b. Kays, İbrahim en-Nehai, Ebû Amr eş-Şa'bi, Hammad b. Ebî Süleyman, Ebû Hanîfe Nu'mân b. Sâbit, İmâm Muhammed eş-Şeybânî, Ebû Hafs el-Kebîr el-Buhârî, Ebû Hafs es-Sağîr Ebû Abdullah, Abdullah b. Muhammed es-Sebezmûnî, Ebu Bekir Muhammed b. el-Fadl el-Buhârî, Ebû Ali en-Nesefî, Şemsüleimme Abdülaziz b. Ahmed el-Halvânî, Şemsüleimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî .

Molla Hüsrev'in; Yusuf Bâli, Molla Yegan ve Hamza er-Rûmî'den gelen hoca silsilesinde, Serahsî'ye kadarki kısmı Hanefî ilim silsilesinde standart sayılabilecek genel yapı söz konusudur. Serahsî'den sonra ise farklı kollara ayrılmaktadır.

Burhanüleimme Abdülaziz b. Ömer, Sadruşşehîd Husameddin Ömer b. Abdülaziz b. Ömer b. Mâze, Sahibu'l-Hidâye Merğînânî, Şemsüleimme Muhammed b. Abdüssettâr el-Kerderî, Hâfızuddîn el-Kebîr Muhammed b. Nasr el-Buhârî, Hüsameddîn Hüseyin b. Ali es-Sıgnâkî, Kıvâmüddîn Muhammed b. Muhammed el-Kâkî, Ekmeleddin Muhammed b. Mahmud el-Bâbertî, Molla Fenârî Şemseddin Muhammed b. Hamza, Yusuf Bâli (Molla Fenârî'nin Oğlu, Bursa Kadısı), Molla Hüsrev.

Burhanüleimme Abdülaziz b. Ömer, Sadruşşehîd Husameddin Ömer b. Abdülaziz b. Ömer b. Mâze, Sahibu'l-Hidâye Merğînânî, Şemsüleimme Muhammed b. Abdüssettâr el-Kerderî, Hâfızuddîn el-Kebîr Muhammed b. Nasr el-Buhârî, Hüsameddîn Hüseyin b. Ali es-Sıgnâkî, Kıvâmüddîn Muhammed b. Muhammed el-Kâkî, Ekmeleddin Muhammed b. Mahmud el-Bâbertî, Molla Fenârî Şemseddin Muhammed b. Hamza, Molla Yegân diye meşhur Molla Muhammed b. Armağan, Molla Hüsrev.

Molla Hüsrev'in hoca silsilesinde Şemsüleimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî'den sonra Burhanüleimme Abdülaziz b. Ömer ile başlayan kısım ise, Yusuf Bâli ve Molla Yegan'a kadar değişmemiştir, çünkü her ikisi de Molla Fenârî Şemseddin Muhammed b. Hamza'nın öğrencisidir.

Şemsüleimme ez-Zerencerî, İmâdüddin ez-Zerencerî, İmamzâde eş-Şerğî, Cema-lüddin el-Mahbûbî, Sadruşşeria Şemsüddin Ahmed, Tâcuşşeria Ömer b. Sadrişşeria b. Mahmud el-Mahbûbî, Sadruşşeria Ubeydullah b. Mesud b. Ömer b. Ubeydullah b. Mahmud, Ebu't-Tâhir Muhammed b. el-Hasan b. Ali et-Tâhirî, Muhammed b. Mahmud el-Hâfîzî el-Buhârî Hoca Muhammed Parsa, İlyas b. Yahya b. Hamza er-Rûmî, Molla Hüsrev.

Molla Hüsrev'in, Hamza er-Rûmî'den aldığı icazet silsilesinde ise Şemsüleimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî'den sonra, Zerencerî'den gelen ayrı bir ilim silsilesi görülmektedir.

Sonuç olarak Molla Hüsrev'in, ilim silsilesinde Şemsüleimme es-Serahsî'den sonra biri Burhanüleimme Abdülaziz b. Ömer b. Mâze, diğeri ise Şemsüleimme ez-Zerencerî olmak üzere ikiye ayrıldığı görülmektedir.²¹

21 Şimşek, Murat, *Mezhepleşme Sürecinde Hanefilik*, Konya 2014, s. 111-112.

Molla Hüsrev'in Burhaneddin Haydar el-Herevî'den aldığı icazet silsilesi ise, Teftâzânî ve Molla Fenârî'nin icâzet silsilelerini Bâbertî'de birleştirmiştir.²²

b. Resmî Görevleri

Molla Hüsrev ilim tahsilini tamamladıktan sonra; Edirne'de Şah Melek ve Halebiye (Çelebi),²³ İstanbul'da Ayasofya,²⁴ İstanbul'da Kalenderiyye,²⁵ Bursa'da Molla Hüsrev²⁶ medreselerinde müderrislik vazifesi icra etmiştir. Diğer taraftan Kazaskerlik,²⁷ Edirne Kadılığı,²⁸ İstanbul Kadılığı,²⁹ Bursa Kadılığı,³⁰ İstanbul Müftülüğü veya Şeyhülislamlık³¹ görevlerinde bulunmuştur. Yine bu görevlere ilaveten Galatasaray, Üsküdar ve Eyüp kadılıklarına da vekâleten bakmıştır.³²

c. Talebeleri

Birçok talebe yetiştirdiği tahmin edilen Molla Hüsrev'in kimi öğrencilerine dair malumat, Kefevî'nin *Ketâib*'i başta olmak üzere bazı eserlerden yararlanılarak verilmeye çalışılacaktır. Ancak burada şunu da ifade edelim ki; vermiş olduğumuz bilgilerden hareketle uzun yıllar çeşitli medreselerde müderrislik yapan Molla Hüsrev'in öğrencilerinin aşağıdaki isimlerden ibaret olduğu düşünülmemelidir. Zira burada kaynaklarda zikri geçen talebelerine ve bu talebelerin geçtiği kaynaklara değinilmiştir.

22 Kefevî, *Ketâib*, vr., 370^a; Şimşek, *Hanefilik*, s. 111-112.

23 Taşköprizâde, *eş-Şekâiku'n-Nu'mâniyye*, s. 117; Kefevî, *Ketâib*, vr., 370^b; Leknevî, *el-Fevâidu'l-behiyye*, s. 303; Cici, *Osmanlı Dönemi İslam Hukuku Çalışmaları*, s. 197; Koca, *Molla Hüsrev*, s. 41-42; a.mlf., "Molla Hüsrev'in Hayatı Eserleri ve Kişiliği", *Uluslararası Molla Hüsrev Sempozyumu*, s. 27; a.mlf., "Molla Hüsrev", *DİA*, XXX, İstanbul 2005, s. 252.

24 Kefevî, *Ketâib*, vr., 370^{a-b}; Koca, *Molla Hüsrev*, s. 49; a.mlf., "Molla Hüsrev'in Hayatı Eserleri ve Kişiliği", *Uluslararası Molla Hüsrev Sempozyumu*, s. 27; a.mlf., "Molla Hüsrev", *DİA*, XXX, İstanbul 2005, s. 252; Eyice, Semavi, "Ayasofya Medresesi", *DİA*, İstanbul 1991, IV, s. 214.

25 Kefevî, *Ketâib*, vr., 370^{a-b}.

26 Taşköprizâde, *eş-Şekâiku'n-Nu'mâniyye*, s. 118-119; Kefevî, *Ketâib*, vr., 371^a; Koca, "Molla Hüsrev'in Hayatı Eserleri ve Kişiliği", *Uluslararası Molla Hüsrev Sempozyumu*, s. 32-33; a.mlf., "Molla Hüsrev", *DİA*, XXX, İstanbul 2005, s. 252.

27 Taşköprizâde, *eş-Şekâiku'n-Nu'mâniyye*, s. 117; a.mlf. *Miftâhu's-sa'âde*, II, 171; Kefevî, *Ketâib*, vr., 370^a; Cici, *Osmanlı Dönemi İslam Hukuku Çalışmaları*, s. 198; Koca, *Molla Hüsrev*, s. 43; a.mlf., "Molla Hüsrev'in Hayatı Eserleri ve Kişiliği", *Uluslararası Molla Hüsrev Sempozyumu*, s. 28-30.

28 Ayrıntılı bilgi ve kaynaklar için bkz. Koca, *Molla Hüsrev*, s. 46-48; a.mlf., "Molla Hüsrev'in Hayatı Eserleri ve Kişiliği", *Uluslararası Molla Hüsrev Sempozyumu*, s. 30-31.

29 Taşköprizâde, *eş-Şekâiku'n-Nu'mâniyye*, s. 117; Cici, *Osmanlı Dönemi İslam Hukuku Çalışmaları*, s. 198; Koca, "Molla Hüsrev'in Hayatı Eserleri ve Kişiliği", *Uluslararası Molla Hüsrev Sempozyumu*, s. 31.

30 Ayrıntılı bilgi ve kaynaklar için bkz. Koca, "Molla Hüsrev'in Hayatı Eserleri ve Kişiliği", *Uluslararası Molla Hüsrev Sempozyumu*, s. 31-32, 33.

31 Kefevî, *Ketâib*, vr., 370^b; Cici, *Osmanlı Dönemi İslam Hukuku Çalışmaları*, s. 198; Koca, *Molla Hüsrev*, s. 53-54; a.mlf., "Molla Hüsrev'in Hayatı Eserleri ve Kişiliği", *Uluslararası Molla Hüsrev Sempozyumu*, s. 33; Yakut, Esra, *Şeyhülislamlık*, İstanbul 2014, s. 38.

32 Cici, *Osmanlı Dönemi İslam Hukuku Çalışmaları*, s. 198; Koca, "Molla Hüsrev", *DİA*, XXX, s. 252.

Hasan Çelebi (ö. 839/1435),³³ Molla Hasan b. Abdüssamed es-Samsûnî (ö. 891/1486),³⁴ Yusuf b. Cüneyd et-Tokadî (ö. 905/1499),³⁵ İsmail Kemaleddin Karamânî (ö. 920/1514),³⁶ Zenbilli Ali Cemâlî Efendî (ö. 932/1525),³⁷ Molla Manisaoğlu Mehmed (ö. 888/1483)³⁸ ve Ümmüveledzâde Abdülevvel b. Hüseyin (ö. ?).³⁹

İsimleri zikredilen talebelerin, sadece Molla Hüsrev'den ders aldıkları ifade edilmiş ve Kefevî'nin, *Ketâib*'inde icazet silsileleri içinde Molla Hüsrev geçmiştir.

d. Vefatı

Molla Hüsrev, iftâ ve yargı işleri ile uğraşarak yoğun bir hayat yaşamıştır. Hicri 885 Şaban ayında (1480 Ekim) bir Cuma günü İstanbul'da vefat etmiştir. Cenazesi Bursa'da kendi yaptırmış olduğu Zeyniler semtindeki Hüsrev Medresesi'nin haziresine defnedilmiştir.⁴⁰

e. Eserleri

Molla Hüsrev, başta fıkıh olmak üzere tefsir, Arap dili ve edebiyatı, şiir ve hat sanatı gibi ilim dallarında eserler vermiştir. Fıkıh usûlüne dair *Mir'âtü'l-usulü* ve *Dürerü'l-hükkâm* adlı fıkıh kitabı ile bunların bazı şerh ve haşiyeleri Osmanlı medreselerinde ders kitabı olarak okutulmuştur.⁴¹ Ayrıca *Dürerü'l-hükkâm* Osmanlı döneminde şer'î hukuk sahasında hâkimlerin problemleri çözerken başvurdukları yarı resmî bir hukuk kodu işlevi görmüştür.⁴²

33 Taşköprizâde, *eş-Şekâiku'n-Nu'mâniyye*, s. 114; Kefevî, *Ketâib*, vr., 395^{a-b}; Leknevî, *el-Fevâidu'l-behiyye*, s. 110-111; Koca, *Molla Hüsrev*, s. 101-103; Özet, *Molla Hüsrev ve Mir'âtü'l-Usul Adlı Eserinin Kaynakları*, s. 22;

34 Taşköprizâde, *eş-Şekâiku'n-Nu'mâniyye*, s. 96; Kefevî, *Ketâib*, vr., 416^b; Leknevî, *el-Fevâidu'l-behiyye*, s. 106; Koca, *Molla Hüsrev*, s. 103-104; Özet, *Molla Hüsrev ve Mir'âtü'l-Usul Adlı Eserinin Kaynakları*, s. 22.

35 Taşköprizâde, *eş-Şekâiku'n-Nu'mâniyye*, s. 166; Kefevî, *Ketâib*, vr., 396^b-397^a; Leknevî, *el-Fevâidu'l-behiyye*, s. 374-376; Koca, *Molla Hüsrev*, s. 104; Özet, *Molla Hüsrev ve Mir'âtü'l-Usul Adlı Eserinin Kaynakları*, s. 23.

36 Taşköprizâde, *eş-Şekâiku'n-Nu'mâniyye*, s. 201; Kefevî, *Ketâib*, vr., 410^b; Leknevî, *el-Fevâidu'l-behiyye*, s. 85; Koca, *Molla Hüsrev*, s. 105; Özet, *Molla Hüsrev ve Mir'âtü'l-Usul Adlı Eserinin Kaynakları*, s. 23.

37 Kefevî, *Ketâib*, vr., 403^b-405^a; Koca, *Molla Hüsrev*, s. 107-108; Özet, *Molla Hüsrev ve Mir'âtü'l-Usul Adlı Eserinin Kaynakları*, s. 23.

38 Taşköprizâde, *eş-Şekâiku'n-Nu'mâniyye*, s. 116; Kefevî, *Ketâib*, vr., 396^{a-b}; Leknevî, *el-Fevâidu'l-behiyye*, s. 348; Koca, *Molla Hüsrev*, 100-101; Özet, *Molla Hüsrev ve Mir'âtü'l-Usul Adlı Eserinin Kaynakları*, s. 23.

39 Taşköprizâde, *eş-Şekâiku'n-Nu'mâniyye*, s. 336, 408; Koca, *Molla Hüsrev*, s. 105-106.

40 Taşköprizâde, *eş-Şekâiku'n-Nu'mâniyye*, s. 120; Kefevî, *Ketâib*, vr., 370^a; Leknevî, *el-Fevâidu'l-behiyye*, s. 303; Cici, *Osmanlı Dönemi İslam Hukuku Çalışmaları*, s. 199; Özet, *Molla Hüsrev ve Mir'âtü'l-Usul Adlı Eserinin Kaynakları*, s. 24; Taşköprizâde, *eş-Şekâiku'n-Nu'mâniyye*, s. 54; a.mlf., "Molla Hüsrev", *DİA*, XXX, s. 253.

41 Uzunçarşılı, *Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı*, s. 22.

42 Kefevî, *Ketâib*, vr., 370^b; Akgündüz, Ahmet, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, İstanbul 1990, I, 6, 45; Aydın, M. Âkif, *Osmanlı Devleti'nde Hukuk ve Adalet*, İstanbul 2014, s. 78; Koca, *DİA*, XXX, s. 253.

Farklı ilim dallarında telif, şerh, haşiye ve risâlelerden oluşan pek çok çalışma ortaya koyan Molla Hüsrev'in, değerini hiçbir dönemde kaybetmeyen kalıcı eserler verdiği görülmektedir. Bu eserlerden bazıları şöyledir:⁴³

1. *Mirkâtü'l-vüsûl ilâ 'ilmi'l-usûl*. Müellif bunu bizzat kendisi *Mir'âtü'l-usûl fi şerhi Mikâtü'l-vüsûl* adıyla şerh etmiştir (İstanbul 1262, 1296, 1308, 1321, 1967, 1983; bk. *Mir'âtü'l-Usûl*). Ayrıca *Mirkâtü'l-vüsûl*, Haydar Sadıkoğlu tarafından Türkçeye tercüme edilip şerhedilmiştir (İstanbul 2012). 2. *Dürerü'l-hükkâm fi şerhi Gureri'l-ahkâm* (I-II, İstanbul 1310, 1317, 1319, 1329; Kahire 1294, 1297; bk. *Dürerü'l-hükkâm*). Müellifin kaleme aldığı *Gurerü'l-ahkâm*'ın şerhidir. 3. *Hâşiye 'ale't Telvîh*. Sadrüşşeria'nın fıkıh usulüne dair *et-Tavzih*'i üzerine Teftâzânî'nin yazdığı *et-Telvîh* isimli haşiyesine yapılan ilavelerden ibarettir (I-II, İstanbul 1284; I-II, Kahire 1322). 4. *Hâşiye 'alâ Envâri't-tenzil li'l-Beydâvi* (Süleymaniye Ktp., Yenicami nr. 131/3; Millet Ktp., Fezullah Efendi, nr. 114, 115; Köprülü Ktp., Mehmed Asım Bey, nr. 17; Nuruosmaniye Ktp., nr. 72, 146. 487). 5. *Hâşiye 'alâ Hâşiyeti'l-Muhtasar li's-Seyyid Şerif. İbnü'l-Hâcib'in Muhtasaru'l-müntehâ* adlı fıkıh usulüne dair eseri için Seyyid Şerif el-Cürçânî'nin kaleme aldığı haşiyenin özellikle mukaddime kısmı üzerine bir haşiyedir (Süleymaniye Ktp., Carullah Efendi, nr. 471; Hamidiye, nr. 424; Damad İbrahim Paşa, nr. 229, 453). 6. *Şerhu Usûli'l-Pezdevi* (Beyazıt Devlet Ktp., Veliyyüddin Efendi, nr. 1141). 7. *Risâle fi'l-velâ*. Bu eser Molla Hüsrev'in kölelik hukukuna dair önemli bir çalışmasıdır. Birçok âlimin sert tenkitlerine maruz olan risale Osmanlı hukukçuları arasında tartışmalara yol açmıştır.⁴⁴ 8. *Nakdû'l-efkâr fi reddi'l-enzâr*. (Süleymaniye Ktp., Giresun, nr. 92; Kayseri Raşid Efendi Ktp., Raşid Efendi, nr. 309). *Ecvibe 'ala es'ileti 'Alâ'iddîn er-Rumi* (Süleymaniye Ktp., Giresun, nr. 92; Esad Efendi, nr. 91/24). *Ecvibe fi'l-muhâkeme beyne es'ile 'Alâ'iddîn er-Rûmî* (Süleymaniye Ktp., Giresun Yazmaları, nr. 3564) ve *Ecvibe 'an su'âlâti 'Ali er-Rûmî* (İÜ Ktp., AY, nr. 2613) adlarıyla da söz konusu çalışma, Ali b. Musa er-Rûmî'nin (ö. 841/1437) çeşitli konularda ortaya koyduğu görüşlere verilen cevaplardan ibarettir. 9. *Hâşiye ale'l-Mutavvel*. Taftazânî'nin belağatla ilgi eseri üzerine yazılmış bir haşiyedir. (Millet Ktp., Fezullah Efendi, nr. 1791, 1792; Nuruosmaniye Ktp., nr. 4411; Koca Ragıp Paşa Ktp., nr. 1232, 1233). 10. *Vasiyetname*. Molla Hüsrev'in, Türkçe kaleme aldığı vasiyetnamesinde ölümünün ardından defnedilinceye kadar yapılmasını istediği işlemleri anlatmaktadır. (Süleymaniye Ktp., Laleli, nr.

43 Söz konusu eserler *DİA*'daki "Molla Hüsrev" maddesinden alınmıştır, Koca, "Molla Hüsrev", *DİA*, XXX, s. 253.

44 Geniş ve ayrıntılı bilgi için bkz. Molla Hüsrev Sempozyumu (18-20 Kasım 2011 Bursa) s. 321-394; Şükrü Özen, *Molla Hüsrev'in Vela Meselesi İle İlgili Görüşünün Osmanlı İlim Muhitindeki Yansımaları*; Korkmaz, Ahmet Ali, *Molla Hüsrev'in Velâ Hakkındaki Görüşleri ve bu Konuda Osmanlı Âlimleri Arasında Yapılan Tartışmalar (Velâ Risaleleri Çerçevesinde)* (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslâm Bilimleri Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2009, s. 27 vd.; Hasan Özer, "Molla Hüsrev'in er-Risâle fi'l-velâ'sı, Molla Gürânî'nin Reddiyesi ve Molla Hüsrev'in Cevabı: Tahkikli Neşir", *İslâm Araştırmaları Dergisi*, sy. 24, İstanbul 2010, s. 173-207; ayrıca geniş bilgi için bkz. Özer, Hasan, "Molla Hüsrev'in Fıkhi Kişiliği ve Fıkıh Usulüne Yönelik Katkıları", *Tokat'ın Yetiştirdiği İlim ve Fikir Önderleri* (ed. Kadir Özköse), Tokat 2014, s. 223-224.

905/2, Pertev Paşa. nr. 621/16: Beyazıt Devlet Ktp., Veliyyüddin Efendi. nr. 3248). 11. *Esâsü'l-iktibâs Tercümesi. Esasü'l-iktibâs Tercümesi* (İÜ Ktp., AY. nr. 13). Nasîrüddîn-i Tûsî'ye ait eserin Arapça çevirisi olup Fatih Sultan Mehmed'e takdim edilmiştir. 12. *Risâletün fi'l-Usûl*. (Topkapı Sarayı Müzesi Ktp., nr. 1032 numarada kayıtlı *Gurerü'l-ahkâm*'in sonunda 153^b-159^b varakları arasında bulunmaktadır).⁴⁵ 13 - *el-Cevheretü'l-münife fi şerhi Vaşıyyeti Ebi Hanîfe* (Nuruosmaniye Ktp., nr. 2155); 14 - *Erbâ'a ve hamsüne farîza* (Antalya Elmalı Halk Ktp., nr. 2788); *el-Fusûlü'l-mühimme fi Te'lîfi'l-ümme* (DİB Ktp., nr. 3955); *Haşiye 'ale'l-Hayâli* (Samsun Gazi Ktp., nr. 351); 15 - *Hâşiye 'alâ Tavâli'l-envâr* (Manisa il Halk Ktp., nr. 864/2); 16 - *Kelâm müte'allak bi't-tesmiye fi evâilî's-süver* (Köprülü Ktp., Ahmed Paşa, nr. 329); 17 - *Risâle fi esrâri'l-Fâtîha* (Beyazıt Devlet Ktp., Bayezid, nr. 5999); 18 - *Risâle fi i'râbi 'elif lâm mîm zâlike'l-kitâb*" (Köprülü Ktp., Fazıl Ahmed Paşa, nr. 1602); 19 - *Risâle ma'mûle 'alâ sureti'l-Enâm* Köprülü Ktp., Fazıl Ahmed Paşa. nr. 1609); 20 - *Risâle fi tefsîri kavlihi Te'âlâ "lem tekün âmenet min kablü"* (Süleymaniye Ktp., Amcazade Hüseyin Paşa, nr. 451/13); 21 - *Şerh-i Kırâât* (Samsun Gazi Ktp., nr. 187); 22 - *Hülâsatü'l-Fetâva'l-Bezzâziyye* (Köprülü Ktp., Fazıl Ahmed Paşa, nr. 1595); 23 - *Kâşifetü's-şübühâti'l-Aleviyye* (Bursa Eski Yazma ve Basma Eserler Ktp., Hüseyin Çelebi, nr. 115); 24 - *Risâle 'alâ 'Asabe-i Seb'a* (Beyazıt Devlet Ktp., Veliyyüddin Efendi, nr. 1602); 24 - *Risâle fi'l-vaz'* (Atıf Efendi Ktp., Atıf Efendi, nr. 2823).⁴⁶

III. RİSÂLENİN KISACA TANITIMI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Risâle, Topkapı Sarayı Müzesi Kütüphanesi 1032 numarada kayıtlı *Gurerü'l-ahkâm*'in sonunda 153^b-159^b varakları arasında bulunmaktadır. On üç sayfa ve her bir sayfası on beş satırdan oluşan söz konusu risâle, müellif hattıdır.⁴⁷ Risâle'nin tahkikli metni ilk defa *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*'nde yayımlanmış, tercümede de bu metin esas alınmıştır.⁴⁸

Molla Hüsrev, risâleyi yazma sebebini şöyle ifade etmektedir:

“Fatih Sultan Mehmed, edebî/manevi ilimleri bitirip aklî ilimlerin inceliklerinde en yüksek mertebelere ulaşınca, Şer'î hükümlerin hakikatlerine vakıf olmak ve tafsilî delillerin fer'î meseleleri nasıl ifade ettiğini öğrenmek istedi. Bu nedenle icihadın anlamının açıklanmasını talep etti, Kur'an ve Sünnet'ten ibâre, işâret, delâlet ve iktizâ yoluyla şer'î hükümlerin istinbat şekline dair örneklerin anlatılmasını emretti. O her

45 Özer, Hasan, “Hanefî Fakihî Molla Hüsrev'in (ö. 885/1480) Fıkıh Usulüne Ait Bir Risalesi”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 8, Konya 2006, s. 271-284.

46 Molla Hüsrev'in yukarıda zikredilen eserlerinin içerikleriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Özket, *Molla Hüsrev Ve Mir'âtü'l-Usul Adlı Eserinin Kaynakları*, s. 25-29; Koca, “Molla Hüsrev”, *DİA*, XXX, s. 253-254.

47 Molla Hüsrev, *Gurerü'l-ahkâm*, Topkapı Sarayı Müzesi Ktp., nr. 1032, vr. 153^b-159^b.

48 Özer, “Hanefî Fakihî Molla Hüsrev'in (ö. 885/1480) Fıkıh Usulüne Ait Bir Risalesi”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, s. 271-284.

ne kadar emrinde bu miktarla yetinmişse de kemâli elde etme konusundaki himmetinin yüceliği, iktizâ yoluyla fazlayı talep etme isteğini gösteriyor gibiydi. Bundan dolayı müctehidin iki kısmını ve kıyasın nasıl yapıldığını söz konusu çalışmama ekledim.”

Risâle bir giriş, iki bölüm ve sonuçtan oluşmaktadır.

Müellif, girişte içtihadın sözlük manası “جهد” kelimesindeki “ج” harfinin, fethayla okunması “cehd” halinde “zorluğu yüklenmek”, “ح” harfinin zammeyle okunması “cühd” durumunda ise, “bütün gücün sarf edilmesi” anlamlarına geldiğini belirttikten sonra, terminolojideki manasını şöyle açıklamıştır: “Amaca ulaşmak için bütün gayretin sarf edilmesidir”. Bu tanımını da “fakihin, şer’î fer’î bir hüküm hakkında zan elde edebilmek için tüm gayretini sarf etmesidir” diye tekrar şerh etme ihtiyacı hissetmiştir.

Yine giriş kısmında icthadın mutlak ve mukayyed diye iki kısımdan oluştuğunu belirten Molla Hüsrev, bunları ayrı ayrı açıklamıştır.

“Mutlak içtihatı şu üç özelliğın bulunması şarttır” deyip, açıklamasını maddelerden ilki olan edille-i erbaadan Kitab’la sürdürmüştür:

“Birincisi: Hükümlerle ilgili Kur’ân ayetlerinin anlamlarını lügat bakımından yani müfred ve mürekkep olarak bilmektir.” Bu açıklamanın ardından söz konusu konuları bilebilmek için ihtiyaç duyulan ilimleri; lügat, sarf, nahiv, meânî ve beyân şeklinde sıralamıştır.

Yine o, hükümlerin bilgisiyle ilgili Kur’ân ayetlerinin anlamlarının şer’an bilinmesi, şer’î hükümlerin ancak nazım/lafız ve mananın kısımlarının öğrenilmesiyle mümkün olabileceğini açıklamış ve bunları sıralamıştır:

Molla Hüsrev, lafızların konduğu anlam/vaz itibariyle manaya delâletleri açısından “hâss,⁴⁹ âmm⁵⁰ ve müşterek⁵¹” olmak üzere üç tanesini belirtmiş, ancak risâlede, fıkıh usûlü eserleri *Mirkât*⁵² ve şerhi *Mir’ât*’da⁵³ kaydettiği “*el-cem’u’l-münekker*”i zikretmemiştir. “*el-Cem’u’l-münekker*”; bütün fertleri kapsamayan ancak sınırsız birçok ferde delalet etsin diye bir defada konulmuş kelimelerdir.⁵⁴ Burada “*el-cem’u’l-münekker*”ın sayılmamasının sebebi ihtilafı olmasından kaynaklanabilir. Zira “*el-cem’u’l-münekker*” yerine bazı usûl kitaplarında “*mü’vvel*” kelimesi kullanılmakta-

49 Molla Hüsrev, *Mukayyet Mirkâtü’l-vusûl*, Âsitâne, tsz., s. 3; a.mlf., *Mir’âtü’l-usûl şerhu Mirkâti’l-vusûl*, Ergin Kitabevi, İstanbul ts., s. 39.

50 Molla Hüsrev, *Mirkât*, s. 15; *Mir’âtü’l-usûl*, s. 154.

51 Molla Hüsrev, *a.g.e.*, s. 19; *a.g.e.*, s. 185.

52 Molla Hüsrev, *a.g.e.*, s. 19.

53 Molla Hüsrev, *Mir’âtü’l-usûl*, s. 187.

54 Atar, Fahrettin, *Fıkıh Usûlü*, İst. 1992, s. 207; Apaydın, H. Yunus. *İslâm Hukuk Usulü*, Kayseri 2016, s. 227.

dır.⁵⁵ “*Mü’evvel*” ise birkaç manaya gelen lafzın anlamlarından birinin, zannî bir delil ile, veya ihtihad ile diğer manalara tercih edilmesidir.⁵⁶ Burada müctehidin görüşü devreye girdiği için lafzın dile konulduğu anlam/vaz ile bir alakasının olmamasından⁵⁷ dolayı bu kavram anılmamış olabilir.

Lafızların “hakikât,⁵⁸ mecâz,⁵⁹ sarîh⁶⁰ ve kinâye⁶¹” şeklinde konduğu manada kullanımları bakımından kısımlarını belirtmiştir. Söz konusu kavramlar müellifin fıkıh usûlü ile ilgili *Mirkât* ve şerhi *Mir’ât*’ta da işlenmiştir. Yine “zâhir,⁶² nass,⁶³ müfesser,⁶⁴ muhkem,⁶⁵ hafî,⁶⁶ müşkil,⁶⁷ mücmel⁶⁸ ve müteşâbih⁶⁹” diye konulduğu manaya delaletleri açık olan ve olmayan lafızları da sıralamıştır.

“Nâsîh ve mensûh” gibi tearuzu giderme ve tercih ilkelerini beyan eden müellif, bu konuları da adı geçen usul eserlerinde beyan etmiştir.⁷⁰

Molla Hüsrev, ihtihad için yukarıda açıklanan ilkeler gibi hükümlerin dayanaklarını bilmek ve sonuç olarak kendine müracaat edildiğinde onlardan gerektiği kadar ilme sahip olunması şartını, ifade etmiştir.

Bu açıklamalardan sonra lafızların manaya delaletlerinin de bilinmesi gerektiğine işaret eden Molla Hüsrev, “Lafzın mânaya nasıl delâlet ettiğini ibâreden,⁷¹ işâretten,⁷²

55 Fahu’l-İslâm Ali b. Muhammed el-Pezdevî (ö. 482/1089), *Kenzü’l-vusûl ilâ ma’rifeti’l-usûl* (tah. Sâid Bekdaş), Beyrut 1436/2014, s. 95; Gazzâlî (ö. 505/1111), *el-Mustafâ min ‘ilmi’l-usûl* (tah. Muhammed Süleyman el-Eşkar), Beyrut 1417/1997, II. 48-56; Alâuddîn es-Semerkandî (ö. 539/1444), *Mizânü’l-usûl* (tah. Muhammed Zeki Abülber), Kahire 1418/1997, s. 338-348; Ebü’l-Berekât Hafızuddin en-Nesefî (ö. 710/1310), *Metnü’l-Menâr* (tah. Ahmed Abdülmelik Abdurrahman es-Se’di), Dimeşk 1431/2010, s. 72; İbnü’l-Hümâm (ö. 861/1457), *et-Tahrîr fi usûli’l-fikh*, Mısır 1351, s. 60-64.

56 Atar, *Fıkıh Usûlü*, s. 206.

57 Sadrüşşeria Ubeydullah b. Mes’ûd el-Mahbûbî (ö. 747/1346), *et-Tavdîh şerhu’t-Tenkîh* (tah. Esad el-Ebreş), Dimeşk 1427/2006, s. 53.

58 Molla Hüsrev, *Mirkât*, s. 20; *Mir’âtü’l-usûl*, s. 205.

59 Molla Hüsrev, *a.g.e.*, s. 20; *a.g.e.*, s. 208.

60 Molla Hüsrev, *a.g.e.*, s. 31; *a.g.e.*, s. 293.

61 Molla Hüsrev, *a.g.e.*, s. 31; *a.g.e.*, s. 293.

62 Molla Hüsrev, *a.g.e.*, s. 19; *a.g.e.*, s. 187.

63 Molla Hüsrev, *a.g.e.*, s. 19; *a.g.e.*, s. 189.

64 Molla Hüsrev, *a.g.e.*, s. 19; *a.g.e.*, s. 191.

65 Molla Hüsrev, *a.g.e.*, s. 19; *a.g.e.*, s. 192.

66 Molla Hüsrev, *a.g.e.*, s. 19; *a.g.e.*, s. 192.

67 Molla Hüsrev, *a.g.e.*, s. 19; *a.g.e.*, s. 195.

68 Molla Hüsrev, *a.g.e.*, s. 20; *a.g.e.*, s. 196.

69 Molla Hüsrev, *a.g.e.*, s. 20; *a.g.e.*, s. 197.

70 Molla Hüsrev, *a.g.e.*, s. 40; *a.g.e.*, s. 368-375.

71 Molla Hüsrev, *a.g.e.*, s. 32; *a.g.e.*, s. 297.

72 Molla Hüsrev, *a.g.e.*, s. 32; *a.g.e.*, s. 300.

delâletten⁷³ ve iktizâdan⁷⁴ çıkarabilme fennine sahip olmak gerekir” diyerek önemine dikkat çekmiştir.

Bu konular müellifin kaleme aldığı *Mirkât* ve *Mir'ât* adlı diğer iki usul kitabında da risâledeki anlatımından daha geniş ve uzun örneklerle ele alınarak incelenmiştir.

Buraya kadar anlatılanlar Kur'ân ve Sünnet arasında ortak konulardır. Kur'ân ile ilgili bu bilgileri veren Molla Hüsrev, ikinci olarak Sünnet konusundaki gerekliliklere yer vermektedir.

Ona göre sünnet; “Hz. Peygamber’den (s.a.v.) sadır olan fiil ve takrirlerdir.” Hadis ise; “sadece Hz. Peygamber’in (s.a.v.) sözlerine tahsis edilen bir kullanımdır.”⁷⁵ Müellife göre burada mutlak manada sünnet, Hz. Peygamber’in (s.a.v.) fiil ve takrirleridir, hadis ise O’nun sözleridir. Görüldüğü üzere Sünnet ve hadis arasında böyle bir ayırım yapılmıştır. İkinci olarak ahkâmı alakalı olan sünneti, sünnetin lafzını zikredildiği şekilde lügavî ve şer‘î olarak bilmek, sünnetin senedini yani bize ulaşma yolunun tevâtür, meşhûr ya da âhad mı olduğunun ilminin de elde edilmesi gerekir. Yine sünnet bilgisi ravilerin durumunu, cerh ve ta’dili, sahîh, hasen, şâz ve zayıf gibi terimleri bilmeyi de kapsar.”

Molla Hüsrev mutlak içtihadta son olarak kıyasa dair görüşlerini de şöyle ortaya koyar:

“Üçüncüsü: Kıyası rükünleriyle, şartıyla, hükmüyle, kıyasa karşı çıkma yollarıyla, kabul edilen ve edilmeyen kısımları ile bilmektir. Bu ise kıyasla icmanın ihlal edilmemesi için icmâya ait meseleleri bilmeyi gerektirir. Çünkü her ne kadar günümüzde fikhî meselelerle iştilal, fikhî öğrenmenin bir yöntemi haline gelmiş ise de fikhî meseleler ictihadın meyvesidir.”⁷⁶

Kısaca Molla Hüsrev, söz konusu ilk iki şartla ictihadın gerçekleşmesi için gerek Kitab ve gerekse Sünnet ile ilgili asıl ve detay bilgilere sahip olunması gerektiğini belirtmiş ve böylece ictihad edecek kişinin gerçek anlamda ilmi donanıma sahip olmasının önemini ortaya koymuştur.

Müellif, üçüncü şartla da ictihadın gerçekleşmesi için aklî ilimlerden kıyasın ayrıntılı bir şekilde bilinmesinin gerekliliğini kaydetmiş ve icmanın hükümlerinin ihlal edilmemesi için de özellikle icma hükümlerinin bilinmesine vurgu yapmıştır. Böylece o, mutlak ictihadın şartlarını zikrederek aynı zamanda mutlak müctehid olmanın şartlarını da belirtmiştir.

73 Molla Hüsrev, *a.g.e.*, s. 32; *a.g.e.*, s. 304.

74 Molla Hüsrev, *a.g.e.*, s. 32; *a.g.e.*, s. 311.

75 Molla Hüsrev, *Mirkât*, s. 41-42; *Mir'âtü'l-usûl*, s. 385. Geniş bilgi için bkz. Ali Toksarı, “Molla Hüsrev’in Hadis ve Hz. Peygamber’in İctihadı Hakkındaki Bazı Görüşleri” *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Kayseri 1989, sy. 6, S.134- 145.

76 Molla Hüsrev, *Mirkât*, s. 48; *Mir'âtü'l-usûl*, s. 433.

Risâleye göre, ikinci tür ictihad olan *mukayyet ictihad* ve bu ictihadı yapacak kişinin taklit ettiği imamının usûlünü bilmesi gerekir. Çünkü hüküm çıkarmada müctehidin takip ettiği metod imamın usûlüne göre olmalıdır. Öyle ki bazı fer'î meselelerde imamına aykırı görüş öne sürse de yine imamının usûlüne dayanarak ona muhalefet edecektir. Buna göre müctehid itiraz olarak sanki; "Ey İmam! Senin yöntemine/usûlüne göre şu fer'î meselenin hükmü şöyle olmalıdır." demiş olur. Ancak bu itiraza İmam adına; "bu fer'î mesele, İmam'ın benimsediği başka bir asla mebnidir" diye cevap verilir.

Böylece Molla Hüsrev, mukayyet müctehid her ne kadar imamına aykırı bazı görüşler ileri sürebilse de, esasen onun imamının usûlünün dışına çıkamayacağını açıklamış olmaktadır. Ayrıca müellif, ictihadın, Rasûlullah (s.a.v.) döneminde ve sahâbe zamanında bir faaliyet olarak bulunduğunu söylemiş ve Muaz hadisini de buna örnek olarak vermiştir.⁷⁷ İcmân ise ancak Hz. Peygamber'den (s.a.v.) sonra gerçekleşeceğini de söz konusu risâlenin giriş kısmının sonuna eklemiştir.

Molla Hüsrev, birinci bölümde, delâlet konularını ele almış ve nassın ibâresi, işâreti, delâleti ve iktizâsı ile istidlâlin (delil getirmenin) açıklamasını ve bunların her birinin kısımlarını anlatıp örneklendirmiştir. O, delâletleri şöyle açıklamıştır: "Lafız, anlama ya üç şekilden birisiyle delalet eder ya da etmez. Lafzın birinci anlama delaleti, mutabakat; ikinci anlama delaleti, tazammun; üçüncü anlama delaleti ise iltizam şeklinde olur. Bu üç şekilden her biri, ya kelâmın sevk edildiği (söylenilen sözün kendi anlamındaki) mâna içindir ki, böyle olunca lafzın kastedilen mânaya delâlet etmesi "ibâre", ya da kelam sevk edildiği mâna için olmaz ki böyle bir delâlet "işâret" ya da kelamın mânaya delâleti işâret yoluyla olmayıp, kelamın konulduğu anlam için gerekli bir öncül ise o zaman da delâlet "iktizâ" olarak isimlendirilir." Bu açıklamaların ardından "nassın delâleti" ve "delâleti olmayan lafızların durumu"nu da açıklamış ve örnekler vermiştir.

Bu örneklerden bazıları şöyledir:

"Kur'an'da ibâre'nin, konulduğu mânaya delâlet etmesinin örneği "*Yurtlarından çıkarılmış ve mallarından uzaklaştırılmış olan fakir muhacirler içindir*"⁷⁸ âyetidir." Bu âyet, fakir muhacirlerin ganimetteki paylarının vücûbu için gelmiştir. Kendisi için konulduğu mâna da budur, bu ise nassın ibâresidir.

Söz konusu âyet aynı zamanda konulan mânanın cüz'üne olan "işâretle delâletin" de örneğidir. Çünkü bu ibârede o kimselerin darülharpte bıraktıkları mallardan mülkiyetlerinin ortadan kalkmasına da işâret vardır, o da konulduğu mânanın cüz'üdür, bu da nassın işâretidir.

77 Ebû Dâvûd, "Akziye", 11.

78 el-Haşr, 59/8.

Molla Hüsrev, bu risâlenin birinci bölümünde delâlet ve delâletle bağlantılı konuları veciz bir şekilde anlatıp hepsini örneklendirmiştir. Söz konusu örneklerin tamamı için yazının sonuna eklenen tercümeye bakılabilir. İkinci bölümde ise kıyas anlatılmaktadır. Kıyasın sözlük ve terim manaları açıklandıktan sonra, kıyasın nasıl yapılacağı/pratiği örnekler verilerek açıklanmıştır. Zira kıyası; “kıyas lügatte ‘takdir/ölçme’ anlamına gelir ve ‘ayakkabıyı ayakkabı ile kıyasla’ yani bunları birbiriyle ölç ve birini diğeri ile eşitle,”⁷⁹ şeklinde tarif eden Molla Hüsrev, kıyasın terminolojideki manasını verip tahlile devam eder.

Müellif, aynı ifadeleri *Mir’âtü’l-usûl* isimli eserinde de zikrederek sadece risâledeki terminoloji tanıma ek olarak “re’y/ictihad” ile ifadesini eklemiştir.⁸⁰

Nitekim kıyası, terim olarak; “zikredilen iki şeyden birinin hükmünün benzerini, illet birliği nedeniyle diğeriinde açıklamaktır” diye tanımlayan müellif, devamla; “bir şey, ancak şartının bulunması ile var olur ve rüknü ile kâim olur, anlamsızlıktan ise hükmü ile kurtulur. Çünkü eğer hükmünü ifade etmez ise, hür kişinin satımında olduğu gibi geçersiz/batıl olur. Ayrıca kıyas hüccet olarak kullanıldığı için bazen reddedilir” tarzında açıklamalarla kıyasın şartının, rüknünün, hükmünün ve reddedilmesinin gerekçeleri, anlaşılacak ve akılda kalacak bir şekilde ifade etmiştir.

Molla Hüsrev bu bölümde şu örneği vermiştir: “*Allâh faizi haram, alışverişi helal kılmıştır*”⁸¹ âyetinden dolayı faiz haramdır. Fakat ribâ (faiz) lafzı mücmel bir kavram olduğu için Allâh Rasulü (s.a.v.) onu tefsir etmiştir ve ribâyı icmâl konumundan işkâl konumuna getirerek şöyle buyurmuştur: “*Buğdayı buğdayla takas ettiğinizde ikisi de eşit ve peşin olmalıdır, fazlası ise faizdir*”⁸² ve “Buğday, arpa, hurma, tuz, altın ve gümüş” gibi altı eşyayı riba malı olarak belirtmiştir.

Müellif, söz konusu hadisin “mislün bi-mislin” ve “mislen bi-mislin” ‘misil’ kelimesinin ref’i ve nasbıyla olmak üzere iki varyantının bulunmasına işaret ederek birinci rivayetin manasının “hurmanın satışı”, ikincinin anlamı ise “hurmayı eşit bir şekilde satınız” şeklinde olduğunu ifade etmiş ve devamla, “hurmayı eşit bir şekilde satınız” cümlesindeki “satınız” lafzının tahlilini şöyle yapmıştır: “Emir vücûb ifade eder, alış-veriş de mubah olduğuna göre, vücûb Hz. Peygamber’in (s.a.v.) ‘mislen bi-mislin’ sözüne yorumlanır. Bu durumda da eşitlik olmadığından ribanın haramlığı ortaya çıkar. İki şey arasındaki denklik şekil ve mâna itibarıyla olur. Ölçü birimi kütleyi eşitler, cins ise mânayı eşitler. Bunun üzerine fazlalık ortaya çıktığında faiz ger-

79 “Ayakkabıyı ayakkabı ile kıyasla’ yani bunları birbiriyle ölç ve birini diğeri ile eşitle” ifadeleri, *Mirkât* isimli eserinde zikredilmemiştir.

80 Molla Hüsrev, *Mir’âtü’l-usûl*, s. 433-434. “Zikredilen iki şeyden birinin hükmünün benzerini, illet birliği nedeniyle diğeriinde ictihad ile açıklamaktır.” Aynı tanım *Mirkât*, s. 48’de de yer almaktadır.

81 el-Bakara, 2/275.

82 Nesâî, “Buyû’”, 42.

çekleşmiş olur. Çünkü ribâ ivazlı akitlerde taraflardan birine şart koşulmuş karşılıksız fazlalıktır. Vasfa itibar edilmez, zira Allâh Rasulü (s.a.v.); “*İyisi de kötüsü de aynıdır.*”⁸³ buyurmuştur.”

Kısacası Molla Hüsrev'e göre, faiz nassla altı maddede gerçekleşir, nassın illeti araştırılınca ise ribânın illetinin ölçü/kadr ve cins olduğu tespit edilmiştir. Ölçekle alınıp satılan mallarda ölçü keyliliktir; tartıyla alınıp satılanlar da ise vezniliktir. Cinsin mânası ise açıktır. Bu iki illetin var olduğu her yerde ribâ mevcuttur. Bu sebeple pirinç, mısır, kireç, alçı, demir, bakır ve benzerinin satımında (eğer bu iki illetin ikisi de varsa) hem fazlalık hem de vâde haram olur, yani hem *ribe'l-fazl* hem de *ribe'n-nesie* gerçekleşir. İki illetten birinin var olduğu her yerde ise ribâ şüphesi bulunur ve vâde haram olurken fazlalık haram olmaz.

Risâle'nin sonuç kısmında da şer'î ilimlere ve aklî ilimlere vurgu yapılarak bunlar özendirilmekte, ilgililer teşvik edilmekte ve bu teşvik *Münyetül-Müftî*⁸⁴ adlı eserin sonunda bulunan şu anekdotla somutlaştırılmaktadır: “Allâh (c.c.) Hz. Süleyman'ı ilim ve saltanat arasında muhayyer bıraktı. O ilmi tercih etti. Allâh (c.c.) da ona ilim ve saltanatı birlikte verdi.”⁸⁵

Nihayet Molla Hüsrev, risâlesini Fatih Sultan Mehmed için yaptığı şu dua ile bitirmektedir: “Şer'î ilimlerle meşgul olur, onlara önem verir ve onları yayarsa Allâh'ın (c.c.) Hz. Süleyman'dan sonra hiç kimseye vermediği saltanatı ona vereceğini ümit ederiz. Allâh'ım, onun ömrünü ve saltanatını muvaffakiyetle daim eyle. Hazarda ve seferde yardımını ona arkadaş ve refik eyle, Ya Rabbe'l-âlemin. Âmin”.

Bütün bu açıklama ve değerlendirmelerden anlaşılmaktadır ki, Molla Hüsrev, *Mirkât* ve şerhi *Mir'ât*'tan sonra (akl-1 selim için) yol gösterici nitelikte özet bir metin/bir Risâle yazıp Fatih Sultan Mehmed'e sunmuştur. Fıkıh usulünün dair bu iki kitap-tan sonra kaleme aldığı bu risâle de daha önce belirttiği gibi fıkıh usulünün ictihad bahsini ele alan bir çalışmadır. Özeti özeti niteliğindeki bu risâle, hacmi küçük olmasına rağmen usulün önemli konularını örneklerle veciz bir şekilde ele almış olması itibarıyla özeldir fıkıh usulüne genelde ise İslâm hukuk literatürüne bir katkıdır.

83 Müslim, “Müsakat” 15, Hadis No: 1584.

84 Yusuf b. Ebî Said Ahmed es-Sicistânî'ye (ö. 639/1240) ait bir eserdir. Sivas'ta vefat eden Hanefî âlimi es-Sicistânî, kitabını, Necmüddin el-Hâsî'nin *el-Fetâva's-suğrâ* adlı eserden ihtilafları ve ziyade rivayetleri ayıklayarak mutemed görüşleri almış ve Siracuddin el-Uşî'nin *el-Fetâva's-siraciyye* adlı eserinden de ilâveler yaparak telif etmiştir. Geniş bilgi için bkz. Taşköprizâde, *Miftâhu's-saâde*, II, 279; Ebü'l-Fida Zeynuddin Kasım b. Kutluboğa, *Tâcü't-terâcim* (tah. Muhammed Hayr Ramazan Yusuf), Beyrut 1413/1992, s. 319; Özel, Ahmet, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, Ankara 2014, s. 101-102.

85 Yusuf b. Ebî Said Ahmed es-Sicistânî'nin, *Münyetül-Müftî*, Süleymaniye Ktp., Murat Molla, nr. 1111, vr. 334^b.

Yazmalar konusunda kendisiyle istişare ettiğim ve *Münyetül-Müftî*'nin müellif nüshasının olduğunu bize haber veren Hasan TETİK Bey'e teşekkür ederim.

IV. RİSÂLENİN TERCÜMESİ

Rahman ve Rahim olan Allâh'ın adıyla

Sadece O'ndan yardım dileriz.

Hamd, lütfuyla kullarının bir kısmını ictihadla hükümlerin istinbatına muvaffak kılıp kemale erdiren Allâh'a mahsustur. Gönüle mânalar geldikçe, dil muradı konuş-tukça; salât ve selam doğruluğa ileten önderimiz Hz. Muhammed'e (s.a.v.), O'nun âline ve ashabına olsun.

İmdi, büyük sultan, yüce hakan, Arap ve Acem sultanlarının sultanı, adalet, cö-mertlik ve asalet varlıklarının/değerlerinin yaşatıcısı, Osmanlı sultanlarının övüncü Sultan Murat Han'ın oğlu Muhammed Han, -hükümlerinin günleri ve saltanatının yılları daima zevalden ve yokluktan korunmuş olsun, ömür ve izzetinin otağları ezel ve ebed sütunları ile sabit kalsın- edebî/manevî ilimleri bitirip, aklî ilimlerin inceliklerin-de en yüksek mertebelere ulaşınca, Şer'î hükümlerin inceliklerine vakıf olmak ve tafsilî delillerin fer'î meseleleri nasıl ifade ettiğini öğrenmek istedi. Bu sebeple ictihadın an-lamının açıklanmasını talep etti. Kur'ân ve Sünnet'ten ibâre, işâret, delâlet ve iktizâ yoluyla, şer'î hükümlerin istinbat yöntemine dair örneklerin anlatılmasını emretti -ki onun emretmesi itaati gerektirir ve emrine karşı gelinmez. Felek döndükçe her yerde her zaman kendisine itaat edilsin.-

O her ne kadar emrinde bu miktarla yetinmişse de kemali elde etme konusundaki himmetinin yüceliği, iktizâ yoluyla fazlayı talep etme isteğini gösteriyor gibiydi. Bu nedenle müçtehidin iki kısmını ve kıyasın nasıl yapıldığını, bu çalışmama ekledim.

Risâle'yi giriş, iki bölüm ve sonuç olarak düzenledim.

Giriş

Bu mukaddime ictihadın anlamı, müçtehidin kısımları ve her bir müçtehidin kı-sımlarının açıklanması hakkındadır.

İctihadın kelime mânası; “جهد” kelimesindeki “ج” harfinin, fethasıyla okunması (cehd) durumunda, “zorluğu yüklenmek”tir. Denilmiştir ki, “ج” harfinin zammesiyle okunması (cühd) durumunda, “bütün gücün sarf edilmesi” anlamına gelir.

Istilahî manası; amaca ulaşmak için bütün gayretin sarf edilmesidir. Bunun an-la-mı fakihin, şer'î-fer'î bir hüküm hakkında zan elde edebilmek için tüm gayretini sarf etmesidir.

[İctihad Çeşitleri]

Mutlak ictihad: Mutlak ictihatta şu üç özelliğin bulunması şarttır:

Birincisi, hükümlerin bilgisiyle ilgili olan Kur'ân [âyetlerinin] anlamlarını lügat bakımından yani müfred ve mürekkep olarak bilmektir. Bunun için ise doğuştan veya sonradan tahsil edilmek suretiyle dil, sarf, nahiv, meânî ve beyân ilimlerine ihtiyaç duyulur. Ayrıca hükümlerin bilgisiyle ilgili olan Kur'ân [âyetlerinin] anlamlarını şer'an bilmek gerekir. Yani hâss, âmm, müşterek, hakikat, mecâz, sarîh, kinâye, zâhir, nass, müfesser, muhkem, hafî, müşkil, mücmel, müteşâbih, nâsih, mensûh ve diğerleri gibi hükümlerin dayanaklarını bilmek ve neticede kendisine müracaat edildiğinde (yanlızsız bir şekilde cevap verebilmek için) onlardan gerektiği kadar ilme sahip olmaktır. Ayrıca lafzın mânaya nasıl delâlet ettiğini ibâreden, işâretten, delâletten ve iktizâdan çıkarabilmektir.

İkincisi, ahkâmıla ilgili olan sünneti, sünnet metnini (lafzını) zikrettiğimiz şekilde lügavî ve şer'î yönüyle, sünnetin senedini yani bize ulaşma yolunun/şeklinin tevâtür, meşhûr ya da âhad mı olduğunu bilmektir. Yine [sünnet bilgisi] ravilerin durumunu, cerh ve ta'dîli, sahîh, hasen, şâz ve zayıf gibi terimleri bilmeyi de kapsar.

Üçüncüsü, kıyası rüknüyle, şartıyla, hükmüyle, kıyasa karşı çıkma yollarıyla, kabul edilen ve edilmeyen kısımları ile bilmektir. Bu ise kıyasla icmâin ihlal edilmemesi için icmâya ait meseleleri bilmeyi de gerektirir. Kelâmî meselelerin bilinmesi gerekmez. Çünkü bunları taklit yoluyla bilme imkânı vardır. Kelâm ilmi için evlâ olan, her ne kadar tafsilî delillerinde derin bilgi sahibi olmasa da varlığı, kıdemi, diriliği, kudreti, kelâmı ve teklifinin cevazı açısından hükümlerin Allâh'a (c.c.) nispetini, Peygamber'in (s.a.v.) gönderilişini, mucizesini ve şeriatını kavrayacak kadar bilmektir. Fikhî meseleleri (ezberlemek suretiyle) bilmek gerekmez. Çünkü her ne kadar günümüzde fikhî meselelerle iştilal, fikhî öğrenmenin bir yöntemi haline gelmiş ise de fikhî meseleler icthadın meyvesidir.

Mukayyet İctihad: Bu durumda icthadı yapacak kişinin taklit ettiği (imamının) usulünü bilmesi gerekir. Çünkü hüküm çıkarması taklit ettiği imamının usulüne göre olacaktır. Öyle ki, bazı fer'î meselelerde imamına muhalefet etse de yine imamının usulüne dayanarak ona muhalefet edecektir. Buna göre sanki şöyle demiş olur: "(Ey İmam!) Senin yöntemine/usulüne göre şu fer'î meselenin hükmü şöyle olmalıdır." [Bu itiraza] imam adına şöyle cevap verilir: "Bu fer'î mesele imamın benimsediği başka bir asla mebnidir." Dolayısıyla mukayyed müctehid böylece imamının usulünü aşmamış olur.

Rivayet olunur ki Züfer, İmam Ebû Hanîfe'nin ashabının en büyüğü olmakla birlikte -ki İmam Ebû Hanîfe'den sonra ders halkası ona aitti- mutlak müctehid olmaya niyet edip nassın iktizasıyla istidlâlî câiz görmeyerek İmam'a bazı asıllarda muhalefet ettiği için (mezhep içinde) onun görüşü İmameyn'in kavlından geride kalmıştır.

Ayrıca icthad, Rasûlullah (s.a.v.) döneminde ve onun ashâbı zamanında mevcuttu.

Hz. Peygamber'in (s.a.v.) yaptığı icthadların bir kısmı kıyas bölümünde gelecektir. Ancak ashabının yaptığı icthadlara gelince; bir rivayete göre Rasûlullah (s.a.v.), Muaz b. Cebel'i (r.a.), Yemen'e gönderirken ona şöyle sordu:

“(İnsanlar arasında) ne ile hüküm vereceksin?”

Muaz; *Allâh'ın Kitabı ile.*

Allâh Rasûlü (s.a.v.); “Vereceğin hükmü *Allâh'ın Kitabı'nda bulamazsan?*”

Muaz; “*Rasûlullah'ın (s.a.v.) hükmü ile hüküm veririm.*”

Hz. Peygamber (s.a.v.); “*Allâh Rasûlü'nün verdiği hükme de ulaşamazsan?*”

Muaz; re'yimle icthad ederim.

(Bunun üzerine) Hz. Peygamber (s.a.v.); “*Rasûlü'nün elçisini Rasûlü'nün rızasına uygun hareket etmeye muvaffak kılan Allâh'a hamdolsun.*” buyurdu.⁸⁶

İcmâ ise ancak Rasûlullah'dan (s.a.v.) sonra gerçekleşmiştir.

Birinci Bölüm

Birinci bölüm, nassın ibâresi, işâreti, delâleti ve iktizâsı ile istidlâlin (delil getirmenin) beyanı ve onlara dair örneklerle ilgilidir. Daha doğru bir şekilde ifade etmek gerekirse, lafzın delâlet ettiği mâna ya lafızla kastedilen mânanın aynısıdır, ya bir parçası ya da (lâzım-ı müteahhidir) en son gerekliliğidir.

Birinci anlama delâlet mutabakat, ikinci anlama delâlet tazammun ve üçüncü anlama delâlet iltizam şeklinde olur. Ya da lafız bu şekillerden birisiyle delâlet etmez. Bu üç şekilden her biri, ya kelamın sevk edildiği (söylenilen sözün kendi anlamındaki) mâna içindir ki, böyle olunca lâfzın kastedilen mânaya delâlet etmesi “ibâre” olarak isimlendirilir. Ya da kelam sevk edildiği mâna için olmaz ki böyle bir delâlet “işâret” olarak isimlendirilir. Eğer kelamın mânaya delâleti işâret yoluyla olmayıp, kelamın konulduğu anlam için gerekli bir öncül ise o zaman delâlet “iktizâ” olarak isimlendirilir. Ama, böyle de olmayıp anlaşılması icthada dayanmayan bir illet, o mânada varsa –ki âlimin bu lâfzın şu mâna için konulmasını, kelamdaki (mantûk) hüküm bu illet içindir diye anlaması caizdir- o zaman “nassın delâleti” olarak isimlendirilir. Fakat, eğer öyle değilse, o zaman lafızda hiçbir delâlet yoktur.

Anlatılan kısımlar delâletin niteliğidir. Buna göre lâfzın taksimi ibârenin, işâretin, delâletin ya da iktizânın delâleti şeklinde olur. Kur'ân'da ibâre'nin, konulduğu mânaya delâlet etmesinin örneği, “*Yurtlarından çıkarılmış ve mallarından uzaklaştırılmış olan fakir muhacirler içindir.*”⁸⁷ meâlindeki âyettir. Bu âyet, fakir muhacirlerin ganimetteki

86 Ebû Dâvûd, “Akziye”, 11.

87 el-Haşr, 59/8.

paylarının vücûbu için gelmiştir. Kendisi için konulduğu mâna da budur, bu da nassın ibâresi olur. Bu âyet aynı zamanda konulan mânanın cüz'üne olan "işâretle delâlet"e bir örnektir. Çünkü bu ibârede o kimseler darülharpte bıraktıkları mallardan dolayı mülkiyetlerinin zevaline de işâret vardır ki, o da konulan mânanın cüz'üdür. Çünkü fakirler hiçbir şeye malik/sahip olmayan kimselerdir. Esasen onların dârülharpte bıraktıklarına malik olmamaları da hiçbir şeye sahip olmamalarının cüz'üdür. Dolayısıyla (darülharpte bıraktıkları mallardan mülkiyetlerinin zail olması) konulan mananın bir cüz'üdür ve bu işâretle delâlet olur.

Bir nassın konulduğu mânaya ibâreyle delâleti, hâricî lazıma ve cüz'üne işâretle delâletine örnek şu ayettir: "*Onların nafakası ve giyimi örfe uygun olarak babaya aittir.*"⁸⁸ Bu nass, eşlerin nafakasının babaya vâcib olması için getirilmiştir. Konulduğu mâna da odur. Bu âyette lafızların konulduğu mananın lâzımı anlamına da işâret vardır ki, bu da evladına infakta tek sorumlunun baba olduğudur. Çünkü babalık nispetinde kimse ona ortak sayılamaz. Aynı şekilde, o nispetin hükmünde kimse ona ortak olamaz ki, o hüküm de infaktır. Yine nassın cüz'üne de işâret vardır ki, o da soyun babalara ait olduğudur.

Lafızların konulduğu mânanın cüz'üne ibaresiyle ve konulduğu mânanın tamamına işâretiyle delâletine örnek şudur: Bir kadın kocasına; "üzerime bir kadın nikahladın, onu boşa" dese, koca da onu memnun etmek için "her bir kadın benimdir" diye karşılık verse, aynı şekilde hukuken tüm kadınlar boş olur. Lâfzın konulduğu mâna da budur. Kelâm ise bu vaz' olunan anlam için sevk olunmamış, onun bir cüz'ü için sevk edilmiştir ki, o da bu kadın dışındakilerin boşanmasıdır. Dolayısıyla konulan mânanın cüz'ünde ibâre olup aynı zamanda konulan mânaya da işârettir.

Hâricî lâzıma ibâreyle; konulan mânaya, o mânanın cüz'üne ve lâzımına işâretle delâletin örneği şu ayettir. "*Allâh alışverişi helâl, faizi haram kılmıştır.*"⁸⁹ Bu âyet, kâfirlerin "...alışveriş de tıpkı faiz gibidir."⁹⁰ sözüne ret için nâzil olduğundan dolayı, alışveriş ile faizi birbirinden ayırmak maksadıyla sevk edilmiştir. O zaman da müteahhir lâzıma ibâresiyle ve konulan mânaya, o mânanın cüzlerine ve lâzımlarına işâretiyle delâlet etmiş olur.

İbâre ve işâretin bir arada olduğuna hadisten örnek, Rasûlullah'in (s.a.v.); "*Bu gibi günlerde fakirleri muhtaç olmaktan kurtarınız.*"⁹¹ sözüdür. İbâre ile sabit olan, fitır sadakasının verilmesinin vâcib olduğudur. Çünkü söz bu anlam için sevk edilmiştir. Ayrıca burada işâretin delâletiyle sabit olan hükümler de vardır:

88 el-Bakara, 2/233.

89 el-Bakara, 2/275.

90 el-Bakara, 2/275.

91 Dârakutnî, Sünen, III, 89.

1. “Fıtır sadakası sadece zengine vâcibdir”. Zira zenginden başkasının fakirleri muhtaç olmaktan kurtarması düşünülemez.

2. Vâcib olan fıtır sadakasının fakire harcanmasıdır. Çünkü zengin muhtaç olmaktan kurtarılması hâsılın tahsili olur.

3. Fıtır sadakasının edâsının vücûbu, fecir ile ilişkilendirilmiştir. Zira gün, fecrin doğuşundan güneşin batımına kadardır. Eğer o gün içerisinde fıtır sadakasını edâ ederse, ancak o zaman fakiri muhtaçlıktan kurtarmış olur.

4. Vâcib (fıtır sadakası), mutlak mal ile ödenir. Çünkü muhtaçlıktan kurtarma mutlak mal ile gerçekleşir. Bazen muhtaçlıktan kurtarmanın para ile gerçekleşmesi, fakir için buğday, arpa ve hurma ile gerçekleşmesinden daha önemli olabilir.

5. Evlâ olan bayram namazına çıkmadan önce ödenmesidir ki, fakir dilenmekten kurtulsun, aile geçimi endişesinden gönlü rahatlamış bir şekilde namazgâha gidebilsin.

6. Evlâ olan fıtır sadakasını bir tek fakire (miskin) vermektir. Çünkü fakiri muhtaçlıktan kurtarmak bu şekilde gerçekleşir. O fıtır sadakasını birden fazla fakire dağıttığında ise ihtiyaç giderme, birinci şekilden daha düşük olur. Bu, Allâh Rasûlü'nün (s.a.v.) hususiyetlerinden biri olan cevâmiu'l-kelim özelliği taşıyan özlü bir hadistir. Nitekim Hz. Peygamber (s.a.v.); “*Bana cevâmiu'l-kelim (özlü söz söyleyebilme) özelliği verildi.*”⁹² buyurmuştur.

Nassın delâletinin örneği ise şu âyettir: “*Anne ve babaya öf bile deme.*”⁹³ Şüphesiz ki “öf” lafzı kızgınlık (rahatsızlık) ifadesidir. O lafızdan kastedilen mâna anne ve babaya eziyet vermekten sakındırmaktır. Dil kurallarını bilen her bir âlim bu anlamı “öf” kelimesinden anlar. Böyle olunca da dövme ve ondan daha aşırı olan hareketler evleviyetle haram olur. Çünkü dövmede var olan eziyet, “öf” demede var olan eziyetten daha şiddetlidir. Bundan dolayı deriz ki; “Eşini dövmeyeceğine yemin eden bir kişi, daha sonra saçını çeker, boğazını sıkır veya eşini ısırırsa, bunlarla dövme mânası yani eza mânası gerçekleştiği için yeminini bozmuş olur.”

Başka bir örnek Hz. peygamber (s.a.v.) Ramazan ayının gündüzünde eşiyile kasten cinsel ilişkiye giren bedeviye keffâreti vâcib kılmıştır. Görünen o ki, Allâh Rasûlü (s.a.v.) o bedeviye bedevi olduğu için keffâreti vâcib kılmamış, aksine Ramazan'ın saygınlığını çiğnediği için vâcib kılmıştır. Böyle olunca eşine de keffâret vâcib olmuştur. Nassın delâletiyle bu cürmü işlemiş diğer kişilere de vâcib olur. Aynı şekilde kıyasen değil, nassın delâletiyle İmam Şâfiî'ye muhalif olarak biz Hanefilere göre, yeme ve içmeyle de keffâret vâcib olur. Bu meselenin izahı şöyledir: Rasulullah (s.a.v.) bu bede-

92 Müslim, “Mesâcid”, 1, Hadis No: 524.

93 el-İsrâ, 17/23.

viye keffâreti, bizâtihi cinsel ilişki sebebiyle değil, orucu bozması ve Ramazan ayının saygınlığını çiğnediği için vacib kılmıştır. Bedevinin oruçlu olduğunu unutarak bu işi yapması durumunda keffâretin vacib olmayacağı hükmü de bunu göstermektedir.

Başka bir örnek: Nebî (s.a.v.), Ramazanda oruçlu iken unutarak yiyip ve içen kişiye “*Orucuna devam et. Allâh sadece seni yedirdi ve içirdi.*”⁹⁴ demiştir. Sonra nassın delâletiyle, unutarak cinsel ilişki konusunda bu hükmü sabit kıldık. Bu hükme varmamızın sebebi şudur: Âlimlerin dediği gibi, unutma, yaratılışın kendisini sürüklediği şeydir; yani ihtiyârı dışında kişide fitrî olarak gerçekleşmesidir. Her bir ferdin unutmadan anlayacağı anlam budur. Böyle olunca da bu durum vicdan sahibine izafe edilmiş ve affedilmiştir. Biz, nassta belirtilen “öf” kelimesinden eziyet manasının anlaşılması örneğinde olduğu gibi (bu meselede de) herkesin nisyardan anladığı mânâyla amel ettik. Ki o da kıyas değil, nassın delâletiyle unutarak cimadır. Çünkü kendisiyle kıyastan vazgeçilmiş olana başkası kıyas edilemez.

Başka bir örnek: Nass ile sabittir ki yol kesenlerin (eşkıya) cezası öldürülmelelidir. Öldürmenin, Allâh’a savaş açmanın cezası olduğu şeklindeki delâletten hareketle yol kesenlere destek olanlara da yol kesenlerin cezasını gerekli gördük. Çünkü nass’ın ibâresi savaşmaktır. Şekli ise doğrudan savaşa katılmaktır. İkisinin de ictihad etmeksizin anlaşılın mânası odur ki, geçenlere yolu kapatacak şekilde yol kesmektir. Destek veren de bu mânada savaşa ortaktır. Ortak oldukları içindir ki ganimete ortak olmuşlardır. Böyle olunca da nassın delâletiyle yol kesenlere destek verenlere de aynı had cezası uygulanır.

Nassın muktezâsı ise takdir edilen (mahzûf) mâna ile bazen karışabilir. Çünkü onlardan her biri “ihtisâr” babındandır. Bundan dolayı İmam Ebû Zeyd (v. 430/1039); “Aralarında fark yoktur. Her ikisi (nass da, mahzûf da) muktezâ cinsindedir.” Fakat Şemsüleimme es-Serahsî (v. 483/1090) ve Fahrülişlâm el-Pezdevî (v. 482/1089) iki yönden nass ve hazfi ayırımışlar ve müteahhirûn da onlara tâbi olmuşlardır.

1. “*Köye sor*”⁹⁵ âyetinde olduğu gibi mahzûf lügaten sabittir. Amaç ise köy halkıdır. Yine “*Buzağı kalplerine sindirildi*”⁹⁶ âyetinde kastedilen buzağı sevgisidir. Allâh Rasûlü’nün (s.a.v.); “*Ümmetimden hata ve nisyan kaldırılmıştır.*”⁹⁷ sözü de böyledir. Bundan maksat hata ve nisyardan dolayı ortaya çıkan hükmün kalkmasıdır. Nassın muktezâsı ise aynı şekilde sabit değildir. Yüce Allâh’ın “*Bir köle azat et.*”⁹⁸ âyetindeki

94 Dârakutnî, Sünen, III, 144.

95 Yûsuf, 12/82.

96 el-Bakara, 2/93.

97 İbn Mâce, “Talâk”, 16. İbn Mâce’nin rivâyet ettiği metnin tam tercümesi şöyledir: “*Allah, benim ümmetimden hata, unutma ve zorla yaptırılan eylemlerin sorumluluğunu kaldırmıştır.*”

98 el-Mücâdele, 59/3.

bu emir, kölenin kişinin mülkünde olmasını iktiza eder. Oysa bu anlam lügaten (lâfzan) sabit değildir.

2. Eğer muktezâ zikredilmiş bir şey olarak takdir edilirse takdir edilen mânanın (muktezinin) hükmünü değiştirmez, aksine onu doğrular. Mahzuf ise öyle değildir. Çünkü yüce Allâh'ın “*Bir köle azat edin*”⁹⁹ âyeti şer‘an kölenin, kişinin mülkünde olmasını iktiza eder, çünkü hadisle sabittir ki insanoğlunun mülkünde olmayı azat etmesi söz konusu değildir. O zaman cümlenin takdiri mülk edinilmiş bir köle azat etmek olur ve bu takdirde kelam önceki mânanın dışına çıkmaz. Önceki örneklerde geçtiği üzere mahzuf böyle değildir.

İktizâ yoluyla delâlete örneklerden bir diğeri de şudur: Bir kimse diğerine “köleni benim yerime bin (lira) karşılığında azat et” dediğinde, bu söz köle azadının sahih olabilmesi için zarureten bu kölenin satın alınmasını iktizâ eder. Sanki bu durumda kişi şöyle demiş olur: “Köleni bana bine sat ve azat etmede benim vekilim ol.” Öyle olunca da zaruretle sabit olan zaruret miktarınca takdir edilir, kuralına binaen alış-veriş zaruret miktarınca sabit olur. Melfuz gibi olmaz. Bu nedenle bütün şartların sabit olması gerekmez. Bilakis hiçbir şekilde yürürlükten kaldırılma (ıskat) ihtimali olmayan rükünler ve şartlar sabit olur. Bundan dolayıdır ki Ebu Yusuf (rh.a) demiştir ki: Eğer o kişi “köleni karşılıksız benim yerime azat et” dese, bu amirin bu sözü sahih olur ve hibe de kabza ihtiyaç duymaz. Oysaki hibede kabz şarttır. Nitekim paragrafın başında zikredilen alışverişin rüknü kabul olduğu halde söz konusu alışveriş burada kabule ihtiyaç duymaz.

İkinci Fası

İkinci fasıl, kıyasın keyfiyeti ile ilgilidir. Kıyas sözlükte, “takdir/ölçme” anlamına gelir. “Ayakkabıyı ayakkabı ile kıyasla”, yani bunları birbiriyle ölç ve birini diğeri ile eşitle demektir.

Kıyasın istilâhî anlamı ise, zikredilen iki şeyden birinin hükmünün benzerini, illet benzerliği nedeniyle diğerinde açıklamaktır. Kıyasın şartı, rüknü, hükmü ve reddi (def’i) vardır. Bir şey, ancak şartının bulunması halinde var olur ve ancak rüknü ile kâim olur. Anlamsızlıktan ancak hükmü ile kurtulur. Çünkü eğer hükmünü ifade etmez ise, hür kişinin satımında olduğu gibi geçersiz olur. Ayrıca kıyas hucet olarak kullanıldığı için bazen reddedilir.

Tanım açıklanınca ve tanımdan sonra zikredilen hususlar yerinde incelenince, onları arz etmeye ihtiyaç yoktur. Fakat burada uygun olan o hususların sadece örnekleriyle yetinmektir.

Denilir ki; “*Allâh faizi haram, alışverişi helal kılmıştır.*”¹⁰⁰ âyetinden dolayı faiz haramdır. Ribâ (faiz) mücmel bir kavramdır. Nebi (s.a.v.) onu açıklamış ve ribâyı icmâl konumundan işkâl konumuna getirmiştir. Nitekim O; “*Buğdayı buğdayla takas ettiğinizde ikisi de eşit ve peşin olmalıdır, fazlası faizdir.*”¹⁰¹ buyurmuş ve devamlı; “*Buğday, arpa, hurma, tuz, altın, gümüş*” şeklinde altı maddeyi saymıştır.

Bu hadis iki farklı şekilde rivayet edilmiştir. Birincisi misil kelimesinin ref’iyle “*mislün bi-mislin*”, ikincisi ise misil kelimesinin nasbıyla “*mislen bi-mislin*” şeklindedir. Birinci rivayetin anlamı “*hurmanın satışı*”, ikinci rivayetin anlamı ise “*hurmayı eşit bir şekilde satınız*” şeklindedir. Emir vücûb için, alışveriş de mübah olunca, vücûb Allâh Rasûlü’nün (s.a.v.) “*mislen bi-mislin*” sözüne yorumlanır. Bu durumda da eşitlik olmadığından ribanın haramlığı ortaya çıkar. İki şey arasındaki denklik şekil ve mâna itibariyle olur. Ölçü birimi kütleli eşitler, cins ise mânayı eşitler. Bunun üzerine fazlalık ortaya çıktığında faiz gerçekleşmiş olur. Çünkü ribâ ivazlı akitlerde taraflardan birine şart koşulmuş karşılıksız fazlalıktır. Vasfa itibar edilmez, çünkü Rasûlullah (s.a.v.); “*İyisi de kötüsü de aynıdır.*”¹⁰² buyurmuştur.

Sonuç olarak faiz, nass’la altı maddede sabit olmuştur. Nassın illeti araştırılınca ribâ’nın illetinin ölçü ve cins olduğu ortaya çıkmıştır. Ölçekle alınıp satılanlarda ölçü keyfiliktir; tartıyla alınıp satılanlarda ise vezniliktir. Cinsin mânası ise açıktır. Bu iki durumun var olduğu her yerde ribâ mevcuttur. Bu sebeple prinç, mısır, kireç, alçı, demir, bakır ve benzerinin satımında (eğer bu iki illetin ikisi de varsa) hem fazlalık hem de vâde haram olur. İki illetten birinin var olduğu her yerde ise ribâ şüphesi bulunur ve vâde haram olurken fazlalık haram olmaz. Nitekim bu husus yerinde incelenmiştir.

SONUÇ

Sonuç olarak (risâle ile amaç), Şer’î ilimlere teşvik etmek ve bu ilimlere yönelik arzu uyandırmak ve özendirmektir. “*Münyetül-Müftî*” adlı eserin sonunda şöyle denmiştir: Rivayet olunmuştur ki, “*Allâh (c.c.) Hz. Süleyman’ı ilim ve saltanat arasında muhayyer bıraktı. O ilmi tercih etti. Allâh (c.c.) da ona ilim ve saltanatı birlikte verdi.*”¹⁰³

Biz bunun doğruluğuna zamanımızda şahit olduk. Sultanımız -Allâh mertebesini yüceltsin, iki dünyada da adını lekeleyecek şeylerden korusun- âlet ilimleriyle meşgul olduğu için Allâh (c.c.), ata ve ecdadına verdiği saltanatı ona da verdi. Hâlbuki bu âlet ilimleri peygamberlerin ilimleri olan şer’î ilimler değildir. Şer’î ilimlerle meşgul olur, onlara önem verir ve onları yayarsa Allâh’ın (c.c.) Süleyman’dan (a.s.) sonra hiç

100 el-Bakara, 2/275.

101 Nesâî, “Buyû”, 42.

102 Müslim, “Müsakat” 15, Hadis No: 1584.

103 Yusuf b. Ebî Said Ahmed es-Sicistânî, *Münyetül-Müftî*, Süleymaniye Ktp., Murat Molla, nr. 1111, vr. 334^b.

kimseye vermediği saltanatı ona vereceğini ümit ederiz. Allâh'ım, onun ömrünü ve saltanatını muvaffakiyetle daim eyle. Hazarda ve seferde yardımını ondan esirgeme ve ona refik eyle, Ey âlemlerin Rabbi! Âmin.

Hicrî 878 yılı Zilhicce ayının 11. günü Cumartesi sabahı Allâh'ın âciz kulu Muhammed bin Ferâmuz bu risâleyi telif etti.

NEHYİN MUKTEZASI: YASAKLANAN FİİLİN HÜKMÜ VE HUKUKÎ SONUÇ DOĞURMASI*

Yrd. Doç. Dr. Fatih ORHAN**

Özet: Müctehidler, nehiy sığasının yasaklanan fiilden hemen el çekmeyi gerektirdiği hususunda fikir birliği etmekte birlikte yasaklanan fiilin hükmü ve bu yasağa rağmen gerçekleşen fiilin geçerli olup olmayacağı hususunda ihtilaf etmişlerdir. Nehyin muktezasına ilişkin olan bu ihtilaf, yasağın fiilin zâtına mı yoksa vasfına mı yönelik olduğu tartışması kadar yasaklanan fiilin muâmelâtın mı yoksa ibadetten mi olduğu tartışmasıyla da yakından ilgilidir. Bu araştırma, nehiy konusunun bu boyutunu ele almayı hedef edinmektedir.

Anahtar Kelimeler: Fıkıh, Usûl, Hüküm, Nehiy, Fesad, Sıhhat, Butlan, Kubuh.

Required Meaning of Prohibition: Legal Status of Prohibited Act and It's Bring Legal Consequence

Abstract: Although the presence of consensus about the fact the capacities of prohibitions necessitate to withdraw from the prohibited act immediately, muctehids (reverends who create legal precedents) had a dispute whether it is valid or not while the prohibited act is processed by the man. It also became effective on the basis of the dispute whether the prohibited act is from muâmelât (transactions) or from worships as well as the reason of capacities of prohibition in other words the discussion whether the prohibited act is towards the personality or quality. We will also present the subject dimension of the impact of prohibition on provisions in this notification.

Keywords: Fiqh, Method, Provision, prohibition, deterioration, validity, nullity, hideousness.

GİRİŞ

İlahî hitabı anlama ve anlamlandırma faaliyetinin büyük bir kısmını lafızlardan hüküm çıkarma gayreti oluşturur. Oldukça geniş bir alana sahip olan lafızlardan hüküm çıkarma ameliyesinin bünyesinde yer alan konulardan birisi de hükümler bahsi olup bu konun temelini de “*emir ve nehiy*” konusu teşkil eder. Emir bir fiili yapmaya; nehiy ise, bir fiilden uzak durmaya sevk ve teşvik etmek anlamına gelir ki bu bağlamda emir ile ilgili birçok konu başlığı nehiyle de ilgilidir. Ancak “*nehyin mahiyeti*” gibi birkaç konu, emirden farklı ve nehye özel olarak ayrı başlıklar altında ele alınmıştır.¹ Nehye özel olan bu konulardan birisi de nehyin muktezasıdır.

* Bu makale, Ç.Ü. Araştırma Fonu Saymanlığınca (SBA-2017-8161) desteklenmiştir

** Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, forhan@cu.edu.tr

1 Ebül-Hüseyn el-Basrî, Muhammed b. Ali b. Tayyib, *el-Mu'temed fi usûli'l-fikh*, el-Ma'hedü'l-ilmiyyi'l-Fransî, Şam 1964, I, 181.

Nehyin muktezası tartışmalı bir konu olup usûlcüler, nehyin fiillere olan etkisini “*nehyin fesada delaleti*” ve “*nehyin iczâya delaleti*” şeklinde iki farklı açıdan ele almışlardır. ‘Nehyin fesada delaleti’ başlığı altında nehyin, bir ibadeti ya da hukukî bir işlemleri batıl mı yoksa fasid mi kılacağı tartışılırken, ‘nehyin iczâya delaleti’ başlığı altında yasağa rağmen yapılmış bir ibadetin kişi üzerindeki eda sorumluluğunu kaldırıp kaldırmayacağı tartışılmıştır. Nehiy ile ilgili yapılan çalışmalar² daha çok birinci düzeydeki tartışmalara temas etmekte ve bunu sadece konuya ilişkin mezhep görüşlerini aktararak yapmaktadır. Mezheplerin, görüşlerini dayandıkları delillere ve gerekçelere fazla temas edilmemektedir. Ayrıca nehyin muktezası kapsamında ele alınan ikinci tartışma düzeyi neredeyse hiç ele alınmamaktadır. Hocalarımızın yapmış oldukları çalışmalara ve usul alanına bir katkı olması gayesiyle eksik kaldığını düşündüğümüz bu kısımları ele almak istedik. Nehyin fiillere olan tesirinden söz etmeden önce bu tesirde etkili olan fiil çeşitlerinden söz etmek gerekir. Bu bağlamda fiiller, mahiyeti itibariyle bir sınıflandırmaya tabi tutulabileceği gibi taşımış olduğu çirkinlik (kubh) sebebiyle de ayrı bir sınıflandırmaya tabi tutulabilir.

1. NEHYE KONU OLAN FİİL ÇEŞİTLERİ

1.1. Mahiyeti Bakımından Fiil Çeşitleri

Klasik usûl kaynaklarında nehyin konusu işlenirken mahiyeti bakımından fiillerin, hissî ve şer’î şeklinde ikiye ayrıldığını görüyoruz. Çok genel söylenecek olursa usûlcüler fiile dair böyle bir sınıflandırmaya, fiilin vücut bulmasında ya da mükellef tarafından bilinmesinde dinî bildirimlerin mi yoksa duyu organlarının mi etkili olduğunu dikkate alarak yapmışlardır.

1.1.1. Hissî Fiil

Hissî fiil, şer’î varlığı olmayıp sadece maddî varlığı bulunan fiildir. Başka bir ifadeyle hukuk düzeni olmadan da meydana gelmesi ve bilinmesi mümkün olan fiillerdir.³ Adam öldürme, zina, gasp ve içki içme bu grup fiillerdendir. Söz konusu fiiller, duyu organları ile gözlemlenebildiği için bu grup fiillere, maddî fiiller de denilmektedir. Şeriatı bilen bir kişi ile bilmeyen kişi, bu fiillerin varlığından

2 Bkz. Pala, Ali İhsan, *İslam Hukuk Metodolojisinde Emir ve Yasakların Yorumu*, Fecr Yayınları, Ankara 2009, s. 289-297; Görgülü, Hasan Ali, Nehyin Delaleti Konusunda Usulcülerin Görüşleri, *Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Yıl 2010/2, Sayı 25, s. 73- 104.

3 Apaydın, Yunus, “Fesad”, *DİA*, İstanbul 1995, XII, 418.

haberdar olma bakımından eşit konumdadırlar. Çünkü hissî fiillerin varlığından söz edebilmek için şeriatın ayrıca bir bilginin gelmesine ihtiyaç yoktur.⁴ Hissî fiillere yönelik nehyin, o fiilin fesadını gerektireceği hususunda genel bir kanaat oluşmuştur. Ancak istisnai sayılabilecek birkaç konuda bu kurala muhalif görüşler dile getirenler de olmuştur.⁵

1.1.2. Şer'î Fiil

Şer'î fiil, varlığı ya da bilinmesi ancak şeriatın bildirmesi ile mümkün olan fiillerdir. Namaz, oruç ve akitler bu gruba örnek verilebilir. Nitekim sözlükte dua anlamına gelen “*salât*” kelimesi, “*belli ritüellerden oluşan bir ibadet*” şeklindeki anlamına ancak şeriatın bildirmesiyle kavuşmuştur.⁶ Şer'î fiiller, hissî fiiller üzerine bina edilir. Mesela şer'î birer fiil olan akitler, îcab ve kabul gibi hissî fiiller üzerine bina edilmiştir. Din, îcab ve kabul arasında hükmi bir bağ kurarak akdin varlığını bu fiiller üzerine bina etmiştir. Hissî fiillerin şer'î bir fiile dönüşmesi, dinin ona itibar edip etmemesine bağlı olduğu için her icab ve kabul mutlak surette akit oluşturur denilemez. Çünkü din, içki satışı gibi farklı mahallerde yapılan bazı îcab ve kabule itibar etmemiştir. Dolayısıyla dinin itibar etmediği bu mahalde dile getirilen îcab ve kabuller akit kuramazlar.⁷

1.2. Kubuh Bakımından Fiil Çeşitleri

Hüsün zıttı olan kubuh, “*çirkin olmak*” ve “*çirkinlik, nefret edilen şey*” manasında mastar-isimdir.⁸ Hüsün ve kubuh kavramları, ilahi bildirim gelmediği toplumlarda kulun sorumluluk taşıyıp taşımadığı şeklindeki kelâmî bir tartışmanın merkezinde yer alması yanında Usûlü fıkıhta nehy bağlamında ele alınmıştır. Nehiy, çirkin olması nedeniyle bir fiilden el çekilmesini istemek anlamına geldiğinden yasağa konu olan kubha göre nehyin ifade edeceği hüküm de değişkenlik

4 Siġnâkî, Hüsâmüddîn Hüseyin b. Ali b. Haccâc, *el-Kâfi*, Dirâse ve tahkik Fahreddin Seyyid Muhammed Kanet, Riyad: Mektebetü'r-Rüşd, 2001, II, 598.

5 Abdülaziz el-Buhârî, Alâüddin Abdülaziz b. Ahmed b. Muhammed, *Keşfü'l-esrâr fi şerhi Usûli'l-Pezdevî*, tah. Abdullah Mahmud Muhammed Ömer, Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye 1997, I, 414; Emîr Pâdişâh, Muhammed Emin b. Mahmûd el-Hüseyinî, *Teysîrü't-Tahrîr*, Mısır: Mektebetü ve matbaatü Mustafa el-Bâbî el-Halebî 1932, I, 385.

6 Siġnâkî, *el-Kâfi*, II, 598.

7 Teftâzânî, Sa'düddin Mes'ûd b. Fahriddin Ömer b. Burhâniddin Abdillâh el-Herevî, *et-Telviḥ ale'l-Tavdîḥ li metni't-Tenkîḥ fi usûli'l-fikh*, Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye tsz., I, 215.

8 İbn Fâris, Ebû'l-Hüseyin Ahmed b. Fâris b. Zekerîyyâ b. Muhammed, *Mücmelü'l-luġa*, tah. Zühayr Abdülmuhsin Sultân, Beyrut: Müessesetü'r-risâle 1986, I, 740; Cevherî, Ebû Nasr İsmâil b. Hammâd, *Tâcül-luġa*, tah. Ahmed Abdülgafur Attâr, Beyrut: Dâru'l-İlim lil-melâyin, 1987, I, 393.

arz eder. Bu bağlamda fıkıh usûlcüleri fiilleri farklı sınıflamalara tabi tutmuşlardır. Bunlar arasında en sistematik ve kapsamlı olanı, Debûsî'nin yapmış olduğu sınıflandırmadır. Debûsî'ye göre fiiller, kubuh bakımından dört kısma ayrılır.

1.2.1. Zâtı Gereği Kabîh Olan Filler

Özü yahut özüne ilişkin şartlarda bir çirkinlik bulunan fiillerdir. Bunlar da kendi içinde ikiye ayrılır.

1. *Dili vaz edenlerin kabîh saydıkları (vaz'î kabîh) fiiller.* Bu gruba örnek olarak sefeh ve abes fiilleri örnek verilebilir. Dili vaz edenler bu iki eylemin zâtı gereği çirkin olduklarını aklen bildikleri için bu isimleri, söz konusu eylemlere uygun görmüştür.

2. *Şer'an kabîh kılınan fiiller:* Bu gruba örnek olarak çiftleşme öncesinde erkek veya dişi hayvanın dölünün ya da dişi hayvanın karnındaki ceninin satım sözleşmesini ifade eden “*bey'û'l-melâkîh*”, “*bey'û'l-medâmîn*” akitleri örnek verilebilir. Allah akitlerin kapsamını mütekavvim mallarla sınırlandırmıştır. Canlı bir hayvana dönüşmeden önce hayvandaki meni, mal kabul edilmemiştir. Dolayısıyla hayvandaki bu suyun satılması cesedin dövülmesi ya da öldürülmesi gibi anlamsız bir iş sayılmıştır. Şer'an kabîh sayılan fiillere bir başka örnek abdestsiz kılınan namazdır. Şâri', mükellefin namaz kılma ehliyetini hades denilen kirden temizlenmiş olma haline münhasır kılmıştır. Hadesten temizlenmeksizin kılacağı namaz ise, tıpkı akıl hastasının yapmış olduğu fiiller gibi ehliyetin dışında gerçekleşmiş kabul edildiğinden tıpkı vaz'î kabîhler gibi telakki edilmiştir.⁹

1.2.2. Başka Bir Anlam Sebebiyle Kabîh Olan Fiiller

Bu grupta bahsedilen fiiller, özü ya da özüne ilişkin şartları tamam olan ancak taşımış olduğu bir vasıf veya ona mücâvir bir durum açısından kabîh olan fiillerdir. Bunlar da kendi içinde ikiye ayrılır.

1. *Lazım vasıfta yer alan bir çirkinlik sebebiyle kabîh olan fiiller.* Lazım vasıf, ancak fiil ile var olabilen, o fiilden ayrı düşünülmemeyen vasıftır. Bazı fiiller özü itibariyle kabîh addedilmezken, lazım vasıflarında bir çirkinlik sebebiyle yasaklanabilmektedir. Örneğin fasit şartla ya da faizli olarak yapılan alışverişlere ilişkin

9 Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed, *Usûlü'l-fıkh*, tah. Ebû'l-Vefâ el-Efgani, Beyrut: Dâru'l-fıkr 2005, s. 64; Alâî, Ebû Saïd Salâhuddîn Halil b. Keykeldî, *Tahkikü'l-murad fi enne'n-nehye yaktadi'l-fesâd*, tah. İbrahim Muhammed Selkayni, Şam: Dâru'l-fıkr 1982, s. 277-278.

yasaklar bu kabildendir. Bu tip fiillerin hükümü konusunda mezhepler, fiilin şer'î ya da hissî olmasına göre farklı görüşler bildirmişlerdir. Hissî fiillerde vasıftaki çirkinlik sebebiyle fiilin li-aynihî kabîh sayılacağı hususunda fıkıh usûlcüleri fikir birliği içindedir. Ancak şer'î fiillerin hükümü konusunda ihtilaf etmişlerdir. Cumhur, faizli olarak yapılan akitlerde olduğu gibi bu tip fiilleri “*li-aynihî kabîh*” telakki ederken Hanefîler “*li-gayrihî kabîh*” kabul etmiştir.¹⁰ Çünkü faizli alışverişte, akdin zâtını oluşturan unsurlarda kabîh bir durum bulunmamaktadır. Taraflar ehliyet yönünden; mallar da mütekavvim olması bakımından tamamdırlar. Akdi kusurlu hale getiren çirkinlik ise, akdin zâtına ilişkin olmayan mümâselet (bedellerin eşit olması) şartındaki bozukluktur.¹¹

2. *Mücâvir vasıfta yer alan çirkinlik sebebiyle kabîh olan fiiller.* Fiilin zâtıyla ilişkili olmayan ancak dolaylı yoldan fiille ilintisi bulunan vasıflara mücâvir vasıf denilir. Mücâvir vasfında çirkinlik bulunan fiiller ister hissî isterse şer'î olsun hiçbir şekilde zâtı itibarıyla kabîh kabul edilmezler.¹² Bu gruba cuma ezanı okunurken yapılan alışveriş ve gasp edilmiş bir arazide kılınan namaz örnek verilebilir. Cuma vaktinde yapılan alışveriş akdi ile bu akdin cumaya gitmeye engel oluşu (iştigal) birbirlerine mücâvir ancak birbirlerinden farklı iki fiildir. Bu vakitte yapılan akde ilişkin yasak,¹³ akdin zâtına değil, akitle iştigal olmanın cumaya engel oluşuna yöneliktir. Aynı şekilde gasp edilen arazide namaza kılmaya ilişkin yasak da böyledir.¹⁴ Namaz kılmak ile bir araziye gasp etmek birbirlerinden farklı fiillerdir. Ancak mücâvir olmak şeklinde bir münasebetle birbirlerine bağıdırlar. Söz konusu nehyin de namaz kılmanın zâtına değil gasba yönelik gelmiştir.¹⁵

2. NEHYİN MUKTEZASI: FİİLLERE OLAN ETKİSİ

Nehyin fiillere olan etkisi, girişte ifade ettiğimiz üzere iki farklı konuda kendisini gösterir. Bunlardan ilki nehyin, yasaklanan fiili tamamen mi yoksa kısmen mi hükümsüz kılacağıdır. Bu tartışmanın pratikteki karşılığı, yasağa rağmen yapılmış

10 Sadrüşşeria, Ubeydullâh b. Mes'ûd b. Tâcişşeria Ömer b. Sadrişşeria el-Evvel, *et-Tavzih fi halli gavâmizi't-Tenkîh (Teftâzânî, et-Telvîh ile birlikte)*, Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye tsz., I, 215.

11 Debûsî, Ebû Zeyd Abdullah (Ubeydullah) b. Muhammed, *Takvîmü'l-edille fi'l-usûl*, tah. Halil el-Meys. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmîyye 1971, s. 52.

12 Sadrüşşeria, *et-Tavzih*, I, 215.

13 *Ey iman edenler! Cuma günü namaz için çağrı yapıldığı zaman, hemen Allah'ın zikrine koşun ve alışverişi bırakın. Eğer bilerseniz bu, sizin için daha hayırlıdır.* (Cuma 62/9)

14 Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, s. 52; Alâî, *Tahkikü'l-murâd*, s. 278.

15 *Kim bir karış toprak gasp ederse, Allah kıyamet gününde onu yedi kat yerin dibine geçirir.* (Buhârî, “Bed'ül-halk”, 2)

bazı tasarrufların hukukî sonuçlar doğurup doğurmayacağında görülür. Nehyin fiillere olan ikinci etkisi ise, yasaklanan fiilin iczâsına (sihhatine) delalet edip etmediğidir. Bu tartışmanın pratikteki karşılığı ise farz ya da vâcib şeklinde kulda dinî sorumluluğu bulunan bir ibadetin yasak olan bir zaman ya da mekânda yapılması durumunda kuldaki sorumluluğu sonlandırıp sonlandırmayacağında görülür.

2.1. Nehyin Fesada Delaleti

Fıkıh usûlünde fiillerin geçersizliğini ifade etmek için kullanılan “*fâsîd*” kavramı farklı anlamlar için kullanılmıştır. Kalamcı usûlcüler bu kavramı “*sahih*”in karşıtı olan “*batıl*” ile eş anlamlı olacak şekilde kullanmışlardır.¹⁶ İbadetler ile muâmelât konuları arasında bir ayırım gözetmeyen mütekellim usûlcüler, fiilin zâtına ya da lazım vasfına yönelik her nehyin yasaklanan fiilin fesadını (butlanını) gerektireceğine hükmetmişlerdir.¹⁷ Bu verilen bilgilerden hareketle diyebiliriz ki mütekellim usûlcüler, bir fiilin ya tamamen geçerli ya da tamamen geçersiz olabileceği şeklinde bir anlayış benimsemişler ve bu anlayışa uygun olarak fiilleri “*sahih-fâsîd*” şeklinde ikili bir tasnife tabi tutmuşlardır.

Nehye rağmen bazı fiillerin kısmen sonuç doğurduğunu düşünen Hanefiler, bu fiilleri ifade edecek bir ara kavram geliştirmişler ve fiilleri “*batıl, fâsîd ve sahîh*” şeklinde üçlü bir tasnife tabi tutmuşlardır. Bu taksimden anlaşılacağı üzere Hanefiler batıl ile fâsîd kavramlarını farklı anlamlarda kullanmışlardır. “*Batıl*” kavramını aslı itibariyle in’ikad etmeyen fiiller için, “*fâsîd*” kavramını da (ister ibadet isterse muâmelât olsun) vasfı bozuk olmakla birlikte zâtı itibariyle gerçekleşen fiiller için kullanmışlardır.¹⁸ Ebû’l-Hüseyn el- Basrî ve Gazzâlî gibi bazı mütekellim usûlcüler ise, ibadet ile muâmelât konuları arasında fark gözeterek, zâta yönelik olmayan bir nehyin sadece ibadet konularında butlanı gerektireceğini, muâmelât konularında ise Hanefilerin ifade ettiği gibi fesadı gerektireceğini ifade etmişlerdir.¹⁹

16 Alâî, *Tahkikü’l-murâd*, s. 282; Zuhaylî, Vehbe, *el-Vecîz fi usûli’l-fıkh*, Şam: Dâru’l-fıkr 1995, s. 141; Düreynî, Fethi, *el-Menâhicü’l-usûliyye fi’l-ictihâdi bir-re’yi fi’t-teşrîi’l-İslâmî*, Beyrut: Müessesetü’r-risale 2013, s. 551-552.

17 Alâî, *Tahkikü’l-murâd*, s. 190; Sübkî, Ebû Nasr Tâciüddin Abdülvehhâb b. Ali b. Abdilkâfi, *el-İbhâc fi şerhi’l-Minhâc*, Beyrut: Dâru’l-kütübî’l-ilmiyye 1404, II, 70; Şirâzî, Ebû İshâk Cemâlüddin İbrâhîm b. Ali b. Yûsuf, *el-Lüma fi usûli’l-fıkh*, Beyrut: Dâru’l-kütübî’l-ilmiyye 2003, s. 25

18 Pezdevî, Ali b. Muhammed b. el-Hüseyn b. Abdilkerîm, *Usûlü’l-Pezdevî*, Karaçi: Mir Muhammed Kütüphane tsz. s. 50; Alâî, *Tahkikü’l-murâd*, s. 282; Zuhaylî, *el-Vecîz*, s. 141; Düreynî, *el-Menâhicü’l-usûliyye*, s. 551-552.

19 Alâî, *Tahkikü’l-murâd*, s. 288; Molla Fenârî, Şemsüddin Muhammed b. Hamza, *Fusûlü’l-bedâyi’ fi usûli’ş-şerâi’*, tah. Muhammed Hasan İsmail, Beyrut: Dâru’l-kütübî’l-ilmiyye 1971, II, 42; Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed b. Muhammed b. Ahmed, *İslam Hukukunda Deliller ve Yorum Metodolojisi*, çev. Yunus Apaydın, Kayseri: Rey Yayıncılık 1994, II, 87.

Hanefiler her ne kadar fâsid ile batıl arasında böyle bir ayırım gözetmiş olsalar da konuyu ele alırken “batıl” kavramını ifade etmek için cumhur gibi “fâsid” kavramını kullanmayı tercih etmişlerdir. Ancak iki kavram arasındaki farka örneklerin izahı sırasında vurgu yapmışlardır. Örneğin Cessâs “*nehyin zahiri, kapsamında yer alan akit ve ibadet gibi fiillerin fesadını gerektirir*” ifadesini kullanırken “fâsid”i “batıl” anlamında kullanmıştır. Ancak devamında yaptığı açıklamalarda bu kullanımı sadece zâta yönelik nehiyer ile sınırlı tuttuğunu ifade etmiştir.²⁰

Bu kullanım farklılığı bazen yanlış anlaşılmalara da kapı aralayabilmektedir. Örneğin İbn Berhan, “*Hanefilere göre mutlak nehy fesadı gerektirmez*”²¹ şeklinde bir ifade kullanırken usûlcülerin çoğunluğu “*aralarında Hanefilerin de bulunduğu cumhura göre mutlak nehy fesadı gerektirir*”²² şeklinde aksi bir ifade kullanabilmektedir. Hakikatte olmamasına karşın görünürde var gibi hissedilen bu tezatlık, fâsid kavramının kullanımında Hanefilerin dikkate aldıkları ayrıma itibar etmek suretiyle giderilebilir. İbn Berhan’ın yukarıda geçen ifadesinin, “*Hanefilere göre vasfa yönelik nehiyer fesadı gerektirmez*” şeklinde anlaşılması bu kabildendir.

2.1.1. Bâtil Fiiller

Nehyin muktezasına ilişkin mezhep görüşleri, zât ve kubuh açısından taksimâtını yaptığımız fiil çeşitlerine göre farklılık arz etmektedir. İster zina gibi hissî olsun isterse namaz gibi şer’î olsun bir fiilin zâtındaki çirkinlik sebebiyle yasaklanması durumunda söz konusu nehyin fesadı gerektireceği, yasaklanan fiilin de batıl olacağı hususunda fakihler görüş birliği içindedirler.²³

Fıkıh usûlünde “bâtil fiil” ifadesi ile zâtındaki çirkinlik sebebiyle yasaklanan fiiller kastedilir. Fiilin batıl kılınmasında, söz konusu bu çirkinliğin din ile mi yoksa akıl ile mi biliniyor olmasının her hangi bir etkisi yoktur. Çünkü fiilin batıl kılınmasındaki temel etken, çirkinliğin fiildeki konumudur. Dolayısıyla hangi

20 Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzi, *Usûlü’l-fıkh*, tah. Uceyl Câsim Neşemî, Kuveyt: Vizaretü’l-Evkaf veş-Şuuni’l-İslamiyye, 1985, II, 169-175.

21 İbn Berhân, Ebü’l-Feth Ahmed b. Ali b. Muhammed, *el-Vusûl ile’l-usûl*, tah. Abdulhamid Ali Ebû Zenid, Riyad: Mektebetü’l-meârif 1983, I, 182.

22 Mâverdi, Ebü’l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb, *el-Hâvi’l-kebîr*, Beyrut: Dâru’l-kütübî’l-ilmiyye 1999, XVI, 56; Cüveynî, Ebü’l-Meâlî Rûknüddin Abdülmelik b. Abdillâh b. Yûsuf, *el-Burhân*, tah. Salah b. Muhammed b. Arîda, Beyrut: Dâru’l-kütübî’l-ilmiyye 1997, I, 96; Tilimsânî, Ebû Abdillâh eş-Şerîf Muhammed b. Ahmed b. Ali el-İdrîsî, *Miftâhu’l-vüsûl ilâ binâi’l-fürû ale’l-usûl*, tah. Muhammed Ali Ferkus, Beyrut: Müessesetü’r-Reyyân 1998, s. 418; Şîrâzî, *et-Tebîru fî usûli’l-fıkh*, Şam: Dâru’l-fikr 1403, s. 100; Sübkî, *el-İbhâc*, II, 68.

23 Emir Pâdişâh, *Teysirü’t-Tahrîr*, I, 376.

kaynak vasıtasıyla bilinirse bilinsin, fiilin zâtına ilişkin olduğu kesin olarak bilinen nehiyeler, tüm usûlcülere göre fesadı gerektirir. Ne var ki bazı nehiyeler, mutlak olarak yani zâta mı yoksa vafsa mı yönelik olduğuna dair karine bulunmaksızın gelmiştir. Mezheplere göre mutlak nehiyelerin fesadı gerektirme noktasında ifade ettiği anlam, fiilin şer'i ya da hissî oluşuna göre değişiklik arz etmektedir.

Hissî fiillere yönelik mutlak nehiyeler, aralarında Hanefî âlimlerin de bulunduğu çoğunluk usûlcüye göre, yasaklanan fiilin butlanını gerektirir.²⁴ Çünkü “*mutlak kemale hamledilir*” kaidesi gereği mutlak olan nehyin kâmil olması gerekir. Nehyin kemâli ise kubhun kemalini gerektirir ki kubhun kemali ancak li aynihî olması ile gerçekleşir.²⁵

Hissî fiillerde, lazım vafsa yönelik olduğuna dair karine bulunan nehiyeler yine fiilin butlanını gerektirir. Örneğin “*zina*” hissî bir fiil olmakla birlikte hakında varid olan nehiy mutlak değildir. Çünkü söz konusu nehyin lazım vafsa yönelik olduğuna dair karine vardır. Şöyle ki zina, kişinin milk-i müt'ası altında bulunmayan bir kadına yaklaşmasıdır. Kadınlara yaklaşmak ise aklen ve fitraten çirkin bir eylem değildir. Zinayı çirkin kılan ise, nesebin zayi olması şeklindeki bir anlam olup bu anlam kadına yaklaşma fiiline ait lazım bir vafsidir. Ancak zina, hissî bir fiil olması nedeniyle çirkinliği lazım vafsa taşımasına rağmen batıl kabul edilmiştir. Dolayısıyla hiçbir hukukî sonuç bu eyleme bağlanamaz.²⁶

Hanefî usûlcüler lazım vafsa yönelik nehyin hissî fiillerde butlanı gerektirdiğini kabul etmiş olmakla birlikte yine de bu tip bazı fiillere hukukî hükümler bağlamışlardır. Örneğin yukarıda izahı geçen zina fiilinin, hürmeti musâhere hükmünü doğuracağını söylemişlerdir. Bâtıl kabul ettikleri bir fiile hüküm bina etmeleri sebebiyle haklı bir eleştiriye maruz kalan Hanefîler, bu eleştiri karşısında kendilerini şu şekilde savunmuşlardır; hürmeti musâherenin cima eylemine bina ediliyor olması, hükmün bizzat fiilin zâtından (cimadan) kaynaklandığı anlamına gelmez. Hükmü gerekli kılan asıl sebep çocuktur. Ancak tıpkı seferilikte olduğu gibi hükmün sebebi meşakkat iken yerine yolculuk sebep kılındığı gibi burada da hükmün asıl sebebi çocuk iken yerine, çocuğun varlık sebebi olan cima sebep kılınmıştır. Zinanın haram olması nedeniyle üzerine hüküm bina edilemeyeceği iddiasına gelince, asalet-vekâlet durumlarında vekilin değil, aslın sıfatı esas alınır. Örneğin teyemmümde suyun yerine geçen toprağın kirli oluşuna itibar edilmez.

24 Şâfi, Ebû Ali Ahmed b. Muhammed b. İshâk, *Usûlü'sh-Şâfi*, Beyrut: Dâru'l-kitâbi'l-Arabî 1982, s. 165; Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, s. 54; Teftâzânî, *et-Telvîh*, I, 216; Sem'ânî, Ebû'l-Muzaffer Mansûr b. Muhammed b. Abdülcebbâr, *Kavât'u'l-edille fi'l-usûl*, tah. Muhammed Hasan İsmail, Beyrut: Dâru'l-küttübî'l-ilmiye 1999, I, 143.

25 Seydişehrî, Mahmud Esad, *Telhis-i usûl-i Fıkıh*, İstanbul: Âsitâne Yayınevi 1313, s.110.

26 Seydişehrî, *Telhis-i usûl-i Fıkıh*, s.110.

Asıl olan suyun “*temizlik*” sıfatı dikkate alınır. Bu sebeple toprağın hadesi temizlediği kabul edilir. Burada da hükmün asıl sebebi çocuk olduğuna ve çocuğun haramlıkla vasıflandırılması mümkün olmadığına göre, çocuğun yerine kaim kılınan cima fiilinin haramlığına itibar edilmez.²⁷

Hissî fiil olmasına karşı Hanefilerin kendisine hüküm bina ettikleri diğer bir fiil, gasptır. Hanefilere göre gasp fiili, zâtı gereği mülkiyet hakkını doğurmaz. Ancak malın tazmin edilmesi durumunda gâsıbın, gasp anından itibaren mala sahip olacağına hükmetmişlerdir. Hanefiler, bir malın hem mülkiyetinin hem de bedelinin bir kişide aynı anda bulunamayacağı kuralından hareketle böyle bir sonuca ulaşmışlardır. Şöyle ki gasp edilen şeyin bedeli, mal sahibine (tazmin olarak) verildiğinde malın hala onun mülkünde kalması, kişinin hak etmediği halde hem mala hem de paraya aynı anda sahip olması anlamına geleceğinden tazminin gerçekleşmesi ile mülkiyetin gasp edene geçmesi gerekeceğini söylemişlerdir.²⁸

Şer’î fiillerde de zâta yönelik yani fiilin şer’an sıhhatli kabul edilebilmesi için gerekli olan rükün ya da in’ikad şartlarına yönelik nehiyer fesadı gerektirir. Örneğin hayızlı kadının hayız süresince namazdan nehyedilmesi, namazın şartlarından olan hadesten taharetin eksikliğine ilişkindir. Dolayısıyla zâtına ilişkin olan bu yasağa rağmen namaz kılınacak olursa bu namaz geçersiz kabul edilir. Yine kıraat ve rükûsuz namaz kılmanın nehyedilmesi de namazın rükünlerindeki bir eksikliğe yönelik olup zâtındaki bu eksiklik sebebiyle böyle kılınmış bir namaz bâtil sayılır. Muamelât konularında da durum aynıdır. Nitekim hasat bey’inin nehyedilmesi, akdin rüknü olan icab ve kabulün eksikliği ile ilgili olup akdin zâtıyla alakalı bir yasaklamadır.²⁹

2.1.2. Fâsid Fiiller

Mutlak ya da lazım vasfa yönelik nehiyerin hissî fiillerde fesadı gerektirdiği hususunda ittifak eden âlimler, söz konusu nehiyerin şer’î fiillerdeki durumu hususunda ihtilaf edilmiştir.³⁰ Konuya ilişkin olarak dört görüş nakledilmiştir.

a. Mâlikî, Hanbelî, Zâhirî ve çoğunluk Şâfî usûlcülerin aralarında bulunduğu cumhura göre bu tip nehiyer fiilin fesadını gerektirir.³¹

27 Sadrüşşeria, *et-Tavzîh*, I, 221-222.

28 Şâşi, *Usûlü’ş-Şâşi*, s. 165; Sadrüşşeria, *et-Tavzîh*, I, 222; Zuhayli, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, çev. Komisyon, İstanbul: Feza Yayıncılık 1994, VII, 209.

29 Düreyni, *el-Menâhicü’l-usûliyye*, s. 550.

30 Serahsî, *Usûlü’l-fıkh*, s. 65.

31 Âmidî, Ebü’l-Hasen (Ebü’l-Kâsim) Seyfüddin Ali b. Muhammed b. Sâlim es-Sa’lebi, *el-İhkâm fî usûli’l-ahkâm*, tah. Abdürrezzâk Afifi, Beyrut: Mektebetü’l-İslamî tsz., II, 188.

b. Hanefiler usûlcülerin tamamına, Kaffâl eş-Şâşi (ö. 365/976), Cüveynî (ö. 478/1085 ve Gazzâlî (ö.505/1111) gibi bir kısım Şâfiî usûlcülere ve Mâlikîlerden Bâkîllânî (ö. 403 / 1013)'ye göre bu tip nehiyeler fiilin fesadını gerektirmez.³²

c. Üçüncü görüş, bu tip nehiyelerin muâmelât konularında fesadı gerektiremeyeceği ancak ibadetlerde gerektireceği şeklinde olup,³³ bu görüş Ebû'l-Hüseyn el-Basrî (ö. 436/1044), Gazzâlî ve Râzi (ö.606/1210)'ye nispet edilmiştir.³⁴

d. Son görüş ise Şerif Tilimsânî (ö. 771/1370)'ye aittir. Tilimsânî, cuma vakti yapılan alışveriş yasağını örnek vererek Allah hakkı olan konularda nehyin fesada delalet etmeyeceğini ancak musarrât hadisinde olduğu gibi kul hakkı olan konularda fesada delalet edeceğini iddia etmiş ve bu kuralın Mâlikî mezhebine ait olduğunu belirtmiştir.³⁵

İlk grup usûlcüler, şer'î fiillerde nehyin fesadı gerektiriyor oluşunu “*Kim dini-mize onda olmayan bir şeyi girdirirse o merduttur*”³⁶ hadisine dayandırmışlardır. Hadiste yer alan “*dinde olmayan şey*” ifadesi ile aslında nehiy ile yasaklanan fiiller kastedilmektedir. Dolayısıyla her yasaklı fiil merdud yani batıldır.³⁷ Ayrıca akıtlar ve özellikle de ibadetler ancak Şâri'nin bildirmesi ile meşruiyet kazanabilirler. Bir akdin meşru oluşu ancak Şâri'nin ona izin vermesi ile gerçekleşir. Dolayısıyla meşruiyeti Şâri'nin onayına bağlı olan bir şeyin yine Şari' tarafından yasaklanması, onun meşruiyetini kaybettiği anlamına gelir. Bu durum özellikle ibadetler konusunda daha barizdir. İbadet, kulun rabbinden aldığı emir ve tavsiyeler olduğuna göre Allah'tan alınmayan her emir ya da tavsiye ibadet kabul edilmediği gibi Allah'ın yasakladığı şeyler de ibadet telakki edilemez. Allah'ın emrettiği fiiller, güzel olduklarına dair zait bir vasıf taşımaları nedeniyle ibadet niteliği kazanmışlardır. Oysa yasaklanan şeyde hiçbir güzellik vasfı bulunmamaktadır. Sonradan ilave de edilemez. Dolayısıyla ibadet niteliği kazanması düşünülmez.³⁸

Hanefî usulcülere göre ise lazım vasaflara yönelik nehiyeler ve mutlak nehiyeler, şer'î fiillerde fesadı gerektirmez. Örneğin bayram ve teşrik günlerinde oruç tutulmasını yasaklayan nehiy, tutulan orucun butlanını gerektirmez. Çünkü oruç zâtı

32 Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, I, 379.

33 Sübkî, *el-İbhâc*, II, 69; Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, I, 379.

34 İznevi, Ebû Muhammed Cemâlüddin Abdürrahîm b. el-Hasen b. Ali, *Nihâyetü's-sül fi şerhi Minhâci'l-vüsûl*, Y: Âlemü'l-kütüb tsz., I, 367; Emîr Pâdişâh, *Teystrü't-Tahrir*, I, 376.

35 Tilimsânî, *Miftâhu'l-vüsûl*, s. 36-37.

36 Buhârî, Sulh, 5.

37 Semânî, *Kavâti'ül-edille*, I, 147-148.

38 Semânî, *Kavâti'ül-edille*, I, 148.

itibariyle, Allah'ın rızasını kazanmak gayesi ile cinsellik ve yeme-içmeden uzak durmaktan ibarettir. Orucun tutulduğu güne ilişkin gelecek her hangi bir nehiy ile bu anlam kaybolmaz. Bu bağlamda orucun tutulduğu günler arasında meşruiyet açısından bir fark yoktur. Farklı bir ifadeyle oruca ilişkin gelen bu yasak bizzat orucun meşruiyeti ile alakalı olmayıp tutulduğu zaman dilimine yapışık lazım bir vasıfla alakalıdır. O vasıf da bu günün bayram kılınmış olması ve kişinin kendisine sunulan ziyafeti kabul etmemesidir.³⁹

Aslında bir akdi ve ibadeti bâtil veya fâsid kılan şey nehiy değil, şart ve rükünlerindeki bir eksikliktir. Buna göre yapılması, bir rükünün ihlal edilmesi anlamına gelen her nehiy, nehiy olmak sebebiyle değil, şartın ihlal edilmesi sebebiyle fesada delalet eder.⁴⁰ İhlal edilen şey rükün ise yasak, yasaklanan fiilin butlanını gerektirir. Şayet ihlal edilen rükne bağlı bir vasıf, yasaklanan fiilin fesadına delalet eder.⁴¹ Bu durum şu şekilde de ifade edilebilir: Lazım vasıf sebebiyle yasaklanan fiil, vasfı sebebiyle meşruiyetini kaybederken aslı itibariyle meşru kalır. Bu görüşe göre fâsid bir akit, kabz gerçekleştikten sonra mülkiyetin oluşmasını gerektirirken, li gayrihi kubh sebebiyle de akdin nakzedilmesini gerektirir.

Gazzâlî, şer'î fiillere yönelik nehiylerde ibadetler ile muâmelât konuları arasında fark gözetmiştir. Ona göre, lazım vasa yönelik nehiyler ile mutlak nehiyler sadece ibadet konularında fesadı gerektirir. İbadetler “*tâat*” ve “*kurbet*” anlamı taşıdıkları için emre uygun olmaları zorunludur. Allah'ın, fiilden el çekilmesi yönündeki bir talebi olması nedeniyle nehye ters olan fiiller, Allah'ın bu talebine aykırı oluşu nedeniyle tâat anlamı taşımazlar. Dolayısıyla geçersiz kabul edilirler. Ancak muâmelât konularındaki nehiyler, fiillerin hüküm ifade eden sebepler olmasına engel teşkil etmez. Çünkü yasaklama, fiilin zatındaki bir çirkinlik sebebiyle değil lazım vassındaki bir çirkinlik sebebiyle gelmiştir. Dolayısıyla özü çirkin olmayan bir fiil, ayn'ı kabih olan fiiller gibi sonuçsuz bırakılamaz. Bu fiillerin haram olması ise başka bir durumdur. Bir fiilin haram kılınma nedeni o fiili yapmanın ahirette cezaya müstahak olacağını bildirilmesidir. Yoksa haram kılınan şeye hiçbir dünyevi sonuç ve hükmün bağlanmayacağı değildir.⁴²

Gazzâlî'nin dikkate aldığı ibadet-muâmelât ayırımına katılmayan Hanefî usûlcüler öze ilişkin olmayan nehiylerin ibadet konularında da fesadı gerektirme-

39 Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, s. 58; Serahsî, *Usûlü'l-fıkh*, s. 70.

40 Gazzâlî, *İslam Hukukunda Deliller ve Yorum Metodolojisi*, II, 89.

41 Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, s. 53; Semâni, *Kavâtı'u'l-edille*, I, 143.

42 Gazzâlî, *İslam Hukukunda Deliller ve Yorum Metodolojisi*, II, 85-86.

yeceği kanaatindedirler.⁴³ Nehyin ibadetler konusunda da fesada delalet etmediğine ilişkin Hanefilerin görüş ve gerekçeleri, ileride “*nehyin iczâya delaleti*” başlığı altında ele alınacaktır.

Hanefilere göre, vasıftaki çirkinlik sebebiyle fiili tamamen hükümsüz kılmak, aslı iptal ederken fer'i ispat etmek şeklindeki bir yöntem hatasıdır. Çünkü tartışmanın cereyan ettiği yasaklamalardaki çirkinlik, yasaklanan fiille birlikte varlık bulan ve ona tabi olan bir sıfattır. Dolayısıyla kendisiyle var olduğu fiili bâtil kılarak onu ispat etmek doğru bir yöntem olmayacaktır. Bu sebeple fiili tamamen hükümsüz kılmak yerine nehyin gerektirdiği iptal hükmünü asgari seviyeye çekmek ve fiile varlık imkânı tanımak doğru olacaktır. Bu da ancak yasaklanan fiili zâtı itibariyle değil, vasfı itibariyle geçersiz kılmakla olur. Tartışılan konuda kubhun vasıfta olması bu söylenenin gerçekleşmesine imkân tanımaktadır. Çünkü vasıftaki kubh, fiilin meşruiyetini ancak vasıf bakımından bâtil kılar. Fiilin kendisi meşruiyetini korumaya devam eder ki bu sayede fiile bağlı bulunan nehiy de varlığını sürdürmüş olur.⁴⁴

Debûsî fiilin aynının kabih olması ile vasfın kabih olması arasındaki farkı ve bu fark sebebiyle vasfı kabih olan fiillerin hukukî hüküm gerektiriyor olmasını, yağ örneği ile izah etmiştir. Farenin çevresinde dolaştığı yağa girmesi ile necaset, lazım vasıf olarak yağa bulaşmış olur. Ancak bu kirlilik yağın aslını haram kılmaz. Tıpkı elbiseye bulaşan necaset gibi sadece farenin sirayet ettiği kısmı haram kılar. Sirayet etmeyen kısmın kullanılması ise helal olarak devam eder. Ölmüş bir hayvandaki iç yağ ise böyle değildir. Bizzat aynının necis olması nedeniyle haramdır. Şâri', fare örneğindeki yağ gibi temiz olan şeyleri de haram kılarak necise dönüştürme yetkisine sahiptir. Fasit şartlar sebebiyle akitleri yasaklaması da bu kabilden olup bu yasak akdin lazım vasfındaki bozukluk sebebiyledir. Yani tıpkı yağın öze ilişkin olmayan kirlilik sebebiyle haram kılınması gibi akit de öze ilişkin olmayan bir vasıf sebebiyle haram kılınmıştır. Dolayısıyla kirlenen kısmın, yağı harama ya da fesada dönüştürmesi gibi akidin vasfı da akdi haram ya da fesada dönüştürmüştür.⁴⁵

Vasfa yönelik nehiylere rağmen, yasaklanan fiillerin bazı hukukî sonuçlar doğurabileceği, imkân delili ile de izah edilmeye çalışılmıştır. Gazzâlî -muâmelât konularıyla sınırlı tutmak şartıyla- bir fiilin haram kılınması ile haram olmasına rağmen hüküm ifade eden bir sebep olması ve üzerine hüküm bina edilmesinin

43 Cessâs, *Usûlü'l-fıkh*, II, 177.

44 Sadrüşşeria, *et-Tavzih*, I, 217; Sem'ânî, *Kavâtı'u'l-edille*, I, 146.

45 Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, s. 58.

birbirine zıt şeyler olmadığını ifade etmiştir. Gerçek tezatlık bir şeyin hem haram kılınması hem de vacip kılınmasıdır. Örneğin “boşamayı sana haram kıldım ve boşamayı sana emrediyorum veya mubah kılıyorum” cümleleri çelişiktir ve makul değildir. Oysa Şâri'nin açıklama yaparak “kadını hayız durumunda boşamanı liaynihî olarak yasaklıyorum; fakat eğer bunu yapacak olursan da, karın senden ayrılmış (bâin talakla boşanmış) olur” demesi hiçbir çelişki ve imkânsızlık oluşturmaz. Bir şeyi haram kılmaktaki gaye, o şeye dünyevi sonuçların ve hükümlerin yüklenmemesi değil, sadece ahirette cezanın hak edileceğinin bildirilmesidir.⁴⁶

Öze ilişkin nehiylerin fesada delalet etmediğini düşünen Hanefî usûlcüler, şahitsiz yapılan nikâh akdi gibi fâsid nikâhları bu kuralın dışında tutmuşlar ve batıl saymışlardır.⁴⁷ Çünkü nikâh akdi diğer akitlerden farklı bir yapıya sahiptir. Diğer akitlerde, akdin sonucunda hem mülkiyetin oluşması hem de bu mülkiyete dayalı tasarrufun haram olması bir arada bulunabilirken evlilikte böyle bir şey söz konusu değildir. Evlilik dışındaki akitlerde böyle bir şeyin imkânını gösteren durum, müslümanın mülkiyetindeki balın şaraba dönüşme örneğidir. Bu örnekte şaraba dönüşen balın mülkiyeti varlığını sürdürmeye devam ederken aynı zamanda mülke konu olan bu mal üzerinde tasarrufta bulunmak haramdır. Oysa nikâh akdinde, akitle elde edilen şeyin helal oluşu ile bu şey üzerinde tasarrufun haram oluşunun bir araya gelmesi muhal olduğundan bu tip nehiyeler nikâh akdinde, *nefye* hamledilmelidir.⁴⁸

2. 1. 3. Mekruh Fiiller

Nehiy, fiilin zâtına ya da lazım vafına yönelik olmayıp ona mücâvir bir anlama ilişkin olursa, yasaklanan fiilin kerahetle birlikte vuku bulacağı hususunda âlimler ittifak etmişlerdir.⁴⁹ Gazzâlî bunu “bir fiil mekruh görülmekle birlikte emredilmiş de olabilir” diye ifade etmektedir. Ona göre bu zıtlık ancak söz konusu kerahetin, fiilin dışındaki bir duruma hamledilmesi ile giderilebilir. Örneğin hamamda ya da bir vadinin ortasında kılınan namaza ilişkin nehiyelerde namazların kılınması emredilmekle birlikte söz konusu mekânlarda kılınması kerih görülmektedir. Kerahetin nedeni namazın kendisi değil ona mücâvir bulunan anlamdır. Vadi ortasında kılınan namazda sel tehlikesinin varlığı; hamamda kılınan namazda ise üzerine su sıçrama ya da şeytanların üşüşme olasılığı, kişinin zihnini meşgul ede-

46 Gazzâlî, *İslam Hukukunda Deliller ve Yorum Metodolojisi*, II, 85.

47 Apaydın, “Fesad”, *DİA*, XII, 418.

48 Şâfi, *Usûlü’l-Şâfi*, s. 168;

49 Sadrüşşeria, *et-Tavzih*, I, 217; Sem’ânî, *Kavâti’u’l-edille*, I, 150.

cek ve bu da kişideki huşuyu zedeleyecektir. İşte bu anlamlar bahsi geçen durumlarda namaz kılmayı mekruh yapmaktadır.⁵⁰ Dolayısıyla zâtında ya da mülâzım vasfında bir bozukluk bulunmayan bu namazlar sahih olarak gerçekleşmektedir. Ancak namaza ilintili olan harici bir yasağın işleniyor oluşu nedeniyle kişi günah kazanmaktadır.⁵¹

Cessâs, bir fiilin emredilmekle birlikte aynı zamanda kerih de görülebilmek imkânını, namazda iken birisinin boğulduğunu gören kişi örneği ile izah etmiştir. Bu kişinin boğulan kimseyi kurtarması kesin ise, kişinin namaza devam etmesi nehyedilmiştir. Yani o esnada kişi için namaz, emredilmiş bir fiil olmakla birlikte aynı zamanda yasaklanmış/mekruh bir fiil de olmaktadır. Kişi, kurtarma emrini yapmayıp namaza devam ederse, söz konusu namaz nehye rağmen sahihtir ve üzerindeki namaz sorumluluğunu ıskat eder. Çünkü bu yasak ne namazın zâtıyla ne de şartlarıyla alakalıdır.⁵²

Kişinin hayızlı eşine yaklaşmasını yasaklayan nehiy de mücâvir vasfa yönelik bir nehiydir.⁵³ Çünkü bu yasağı gerekli kılan çirkinlik cima fiilinin zâtından değil, ona mücâvir bir anlamdan kaynaklanmaktadır. O anlam ise ayette vurgulanan “*eza*”dır. Mücâvir vasfa yönelik nehiyeler, yasaklanan fiillerin gerçekleşmesine mani olmadıkları için hayızlı iken yapılan cima fiili de bazı hukukî sonuçları doğurur. Recm cezasında ihsan şartının gerçekleşmesinde dikkate alındığı gibi muhallil nikâhlarda önceki eşin helal kılınmasında şer’an geçerli bir sebep kabul edilir.⁵⁴

Âdet dönemindeki bir kadını boşamaya yönelik nehiy⁵⁵ de mücâvir bir anlama –kadının böyle bir boşamadan dolayı zarar görecektir olmasına- ilişkin oluşu nedeniyle geçerli kabul edilmiştir.⁵⁶ Çünkü boşama, nikâh ile oluşan mülkiyet hakkının kullanılmasıdır. Kadının hayızlı oluşu ise bu mülkiyeti kesintiye uğratan

50 Gazzâlî, *İslam Hukukunda Deliller ve Yorum Metodolojisi*, I, 111.

51 Serahsî, *Usûlü'l-fikh*, s. 65.

52 Cessâs, *Usûlü'l-fikh*, II, 178.

53 Bakara 2/222: “*Sana kadınların ay hâlini sorarlar. De ki: “O bir ezadır. Ay hâlinde kadınlardan uzak durun. Temizleninceye kadar onlara yaklaşmayın. ...”*”

54 Siğnâkî, *el-Kâfi*, II, 599.

55 Abdullah b. Ömer (r.a.)’den rivayet olunduğuna göre kendisi] Rasûlullah (s.a.) zamanında karısını hayızlı iken boşamış bunun üzerine, Ömer b. el-Hattâb bu durumu Rasûlullah (s.a.)’a sormuş, Rasûlullah (s.a.) şöyle cevap vermiştir; “*Ona emret, karısına dönsün. Sonra (hayızından) temizlenip (tekrar) bir hayz (daha) görüp sonra (tekrar) temizleninceye kadar (nikahı altında) tutsun. Bundan sonra isterse tutar, isterse temasta bulunmadan önce boşar. İşte Aziz olan Allah’ın, kadınların içinde boşanmasını emrettiği iddet (dönemi) budur.* (Buhari, Talak, I, 3,44; Dârekutnî’de geçen bir rivâyette ise Hz. Peygamber, Abdullah bin Ömer’e şöyle buyurmuştur: “*Sünnet olan, temizliği beklemen ve hanımını her temizlik halinde bir talakla boşamandır.*” (Dârekutnî, Talak 3974)

56 Semâni, *Kavâti’u’l-edille*, I, 151.

zâtî bir durum değildir. Dolayısıyla bu halde yapılan boşama mülkiyetin devamlılığı içerisinde yapıldığından geçerli olur.⁵⁷

Hanefiler, mücâvir vasfa yönelik nehyin kapsamını diğer mezheplerden biraz daha geniş tutmuşlardır. Örneğin yol kesmek gibi suç amacıyla (asi olarak) yolculuk yapan kişinin de seferilikteki kasr-ı salât ruhsatından yararlanabileceğine hükmetmişlerdir. Çünkü burada kabîh olan ve yasaklanan yol kesme (eşkiyalık) fiili olup, yolculukla doğrudan bir ilgisi yoktur. Ona mücâvir bir vasıftır. Dolayısıyla ruhsatın sebebi olan yolculuk hem aslı hem de vasfı bakımından kabîh olmadığı cihetle meşrudur.⁵⁸

Mu'tezilî imamlarından Ebû Hâşim el-Cübbâî (ö. 321/933) ve ona tabi olanlar ile Hanbelî fakihler, mücâvir vasfa yönelik nehyin, tıpkı zâta yönelik nehiyler gibi fesadı gerektireceği kanaatindeydi.⁵⁹ Örneğin cuma vaktindeki alışverişi yasaklayan nehiy, mücâvir vasfa yönelik olması nedeniyle diğer mezheplere göre fiilin sıhhatine mani teşkil etmezken sözünü ettiğimiz âlimlere göre akdi geçersiz kılar. Çünkü söz konusu nehiy, namaz vaktine yani bir ibadete izafe edilmiştir. Bu ise anılan vakitteki alışveriş akdinin geçersiz olması gerekli kılar.⁶⁰ Ancak Hanbelî âlimler ayetteki yer alan "bey" lafzının kapsamı hususunda ihtilaf etmişlerdir. Hırakî, bey lafzının kapsamını ikâle, sarf, selem ve tevliye gibi her türlü akit çeşidini kuşatacak şekilde genişletirken, İbn Akîl sadece alışveriş ve ona benzeyen kira akdi ile sınırlandırmakta, bu ikisi dışında kalan ikâle ve sarf gibi diğer akit çeşitlerinin cuma vaktinde yapılabileceğini ifade etmiştir.⁶¹ Bu ihtilafa rağmen Hanbelî fakihler, kadınlar ve yolcular gibi cuma mükellefiyeti olmayanların ayetin kapsamına dâhil olmadığı hususunda ittifak etmişlerdir.⁶² Mücâvir vasfa yönelik nehyin fesadı gerektirdiğini savunan bu âlimler nehyin fesadı dil kuralları gereği mi yoksa şer'in emri ile mi gerektirdiği; fesad kavramı ile neyin kastedildiği gibi konularda ihtilafa düşmüşlerdir.⁶³

Ebü'l-Hüseyn el-Basrî'ye göre ise, mücâvir vasfa yönelik nehiy sadece muâmelât konularında fesadı gerektirmez. İbadet konularında ise bu tip nehiyler,

57 Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, s. 55.

58 Serahsî, *Usûlü'l-fıkh*, s. 73.

59 Cüveynî, *el-Burhân*, I, 96; İbn Kudâme, Ebü'l-Ferec, Şemsüddîn Abdurrahmân b. Muhammed b. Ahmed, *eş-Şerhu'l-kebir alâ metni'l-Muknî*, Mısır: Dâru'l-kütübî'l-Arabiyye li'n-neşr ve't-tevzi' tsz., IV, 40.

60 İbn Müflih, Burhanüddin, Ebû İshâk Burhânüddin İbrâhîm b. Muhammed b. Abdillâh, *el-Mübdî fî şerhi'l-Muknî*, Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmiyye 1997, IV, 41.

61 Zerkeşi, Şemsüddin, Ebû Abdillâh Şemsüddin Muhammed b. Abdillâh b. Muhammed, *Şerhu'z-Zerkeşi alâ Muhtasari'l-Hırakî*, Riyad: Dâru'l-Abeykan 1993, II, 171.

62 İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebir*, IV, 40.

63 Şirâzî, *el-Lüma fî usûli'l-fıkh*, s. 25.

tıpkı fiilin zâtındaki çirkinlik sebebiyle gelen nehiy gibi yasaklanan fiilin hüküm-süz kılınmasını gerektirir. Dolayısıyla Ebü'l-Hüseyin el-Basrî'ye göre gasp edilmiş arazide kılınan namaz geçerli olmaz iken daha önce başkası ile yapılmış bir pazarlık üzerine yapılan yeni pazarlık geçerli olmaktadır.⁶⁴

2.2. Nehyin İczâya Delaleti

Fiilin geçerliliğini ifade etmek için genellikle “*sıhhat*” ve “*iczâ*” kelimeleri kullanılır. Ancak bu iki kavram, umum-husus bakımından birbirlerinden ayrılırlar. “*Sıhhat*” kelimesi hem ibadet hem de muâmelât alanındaki fiillere sıfat olması nedeniyle daha geneldir. “*İczâ*” ise sadece ibadet içerikli fiillere sıfat olması bakımından kapsamı sıhhatte göre daha dardır.⁶⁵ Buna göre iczâyı, “*ibadet sorumluluğunun kuldân düşmesi için kâfi olan eda*”⁶⁶ diye tarif edebiliriz. Usûlcüler sıhhat ile iczâ arasındaki bu kapsam farkını dikkate alarak bu başlık altında nehye rağmen yapılan ibadetlerin geçerliliğini ele almışlardır.

Nehyin iczâya delaleti aslında fesada delaleti konusunun devamı mahiyetinde bir tartışmadır. Öze ilişkin olmayan –lazım vasfa yönelik- nehyin fesadı gerektirdiğini iddia edenler tabii olarak yasaklanan fiilin sıhhatini de temelden reddetmiş olmaktadırlar. Çünkü nehiy fiilin şer'an vücut bulmasına engel teşkil etmektedir. Nehyin fesada delalet etmediğini düşünen usûlcüler ise, yasaklı fiilin hüküm bildiriyor oluşunun onun şer'an da geçerli olmasını gerektirip gerektirmediği hususunda görüş ayrılığına düşmüşlerdir. Gazzâlî'ye göre, nehyin fesadı gerektirmemesi sadece fiilin hükme sebep teşkil edeceği anlamına gelir ki bu durum fiilin sahih olmasını da gerektirmez.⁶⁷ Hanefilere göre ise nehyin fesada delalet etmemesi, fiilin hem hükme sebep teşkil ettiği hem de şer'an geçerli olduğu anlamına gelir.⁶⁸

Hanefilerin, vasfı itibariyle yasaklanmış bir fiilin sıhhatine hükmetmiş olmaları, onların bu eylemi aynı zamanda mubah kabul ettikleri anlamına gelmemelidir. Çünkü bir fiilin mülkiyet gibi hukukî sonuç doğurması ya da dinî sorumlulukları kaldırması ile söz konusu fiilin masiyet oluşu birbirlerinden farklı durumlardır.⁶⁹ Bir fiilin hem geçerli hem de masiyet olma imkânı, emredilen bir fiilin

64 Ebü'l-Hüseyin el-Basrî, , *el-Mu' temed*, I, 102; Molla Fenârî, *Fusûlü'l-bedâyi'*, II, 42.

65 İsnævî, *Nihâyetü's-sûl*, I, 103.

66 Beyzâvî, Nâsırüddîn Ebû Said (Ebû Muhammed) Abdullâh b. Ömer b. Muhammed, *Minhâcü'l-vüsûl ilâ 'ilmi'l-usûl*, Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmiyye, 2015, s. 41.

67 Gazzâlî, *İslam Hukukunda Deliller ve Yorum Metodolojisi*, II, 87.

68 Cessâs, *Usûlü'l-fıkh*, II, 177.

69 Sadrüşşeria, *et-Tavzih*, I, 217.

aynı zamanda mekruh kabul edilme imkânı ile benzerlik gösterir. Dolayısıyla Cessâs ve Gazzâlî'nin bir fiilin emredilmiş olması yanında mekruh da olabileceğine dair yapmış oldukları izahlar, bir fiilin sahih olması yanında günah kabul edilme imkânına da temel teşkil eder.⁷⁰

2.2.1. Nehyin İczâya Delalet Ettiğini Savunanların Delilleri

Hanefîler, vasfa yönelik nehyin fiilin sıhhatine delalet ediyor oluşuna, nehyin mahiyeti üzerinden bir izah getirmişlerdir. Şöyle ki nehyin hakikati, yasaklanan fiilin yapılabilir bir iş olmasını gerektirir. Yasaklanan fiil, mükellefin her yapmaya azmettiğinde onu yapması mümkün bir eylem olmalıdır ki mükelleften uzak durması istenebilsin. Yoksa mükellefin yapmaya güç yetiremediği ya da yapsa dahi hukuken varlık imkânı bulamayan bir fiilin yasaklanmasının ne anlamı olacaktır. Allah'ın yasak koyarken gözetmiş olduğu imtihan gayesinin varlığı da bunu destekler mahiyettedir. Mükellef, fiili yapmak ya da ondan uzak durmak gibi gücü dâhilinde olan iki seçenikle imtihan edilmelidir ki bir imtihandan söze edilebilsin.⁷¹

Bu izah tarzı ilk olarak İmam Muhammed tarafından dile getirilmiştir. Sünnete mugayir olmasına rağmen bir kelime ile yapılan üç boşamanın şer'an vuku bulduğunu izah ederken bu gerekçeyi kullanmıştır. İmam Muhammed, iddet beklemeksizin yapılan boşamanın şer'an vuku bulması ile bayram ve teşrik günlerindeki yasağa rağmen orucun geçerli kabul edilmesini yine aynı gerekçe ile izah etmiştir. Ona göre nehyde iki olasılık vardır. Nehiy neticesinde fiil ya gerçekleşir ya da gerçekleşmez. Hz. Peygamber'in bayram ve teşrik günlerinde tutulan orucu yasaklarken "imsak" yerine "savm" terimini kullanmayı tercih etmesi, birinci olasılığa yani fiilin gerçekleştiğine delildir. Şayet Hz. Peygamber, yasak sebebiyle fiillerin gerçekleşmediğini düşünüyor olsaydı, bu fiil için dinî bir kavram olan "savm" kelimesini kullanmazdı. Aynı şekilde iddetsiz olarak boşamaların "talak" olarak gerçekleşmediğini düşünüyor olsaydı insanları bundan nehyetmezdi.⁷² Kör bir kimseye görme demek ne kadar anlamsızsa zaten gerçekleşmeyecek bir şeyin yapılmamasını emretmek de o kadar anlamsız olacaktır.⁷³

Debûsî ve Serahsî gibi sonraki dönem bazı Hanefî âlimler, İmam Muhammed'in "savm" kavramına vurgu yapmasını şu şekilde açıklamışlardır: Dinî saiklerle

70 Cessâs, *Usûlü'l-fıkh*, II, 178; Gazzâlî, *İslam Hukukunda Deliller ve Yorum Metodolojisi*, I, 111.

71 Sadrüşşeria, *et-Tavzih*, I, 216.

72 Şeybânî, Muhammed b. Hasan, *el-Asl*, tah. Mehmet Boynukalın, Beyrut: Dâru İbn Hazm 2012, IV, 426.

73 Gazzâlî, *İslam Hukukunda Deliller ve Yorum Metodolojisi*, II, 87.

yeme ve içmekten uzak durmak ile gün boyunca hastalık ya da iştahsızlık gibi sebeplerle yeme ve içmekten uzak durmak birbirlerinden farklıdır. “*Savm*” kavramı belli bir ibadet için vaz edilmiş ve bu anlam üzere yaygınlık kazanmış şer‘î bir kavramdır. Bu yaygınlık sebebiyledir ki mutlak kullanımlarda özel bir karine yoksa lafzî anlama değil şer‘î anlama hamledilir. Hz. Peygamber’in bayram günü orucu yasaklarken kullandığı “*savm*” kavramı da şer‘î anlama hamledilmelidir. Dolayısıyla Hz. Peygamber’in yasağa rağmen yeme-içmeden uzak duran kişinin bu eylemine “*savm*” kavramı kullanması, tutulan orucu şer‘an geçerli gördüğüne işaret eder.⁷⁴ Zaten bir vasıftan söz edebilmek için mevsufun var olması bir zorunluluktur. Vasıf, varlık anlamında mevsufun önüne geçemez. Bu bağlamda fâsid vasfını bir fiil için söyleyebilmemiz için o fiilin vasıftan önce var olması gerekir. Dolayısıyla orucun fâsitleği, orucun edasından önce var olamaz. Meşruiyet olmadan edadan söz edemeyeceğimize göre eda, meşru kabul edilir. Meşru fiiller de zâtî itibarıyla kabîh olmazlar. Dolayısıyla eda, ona tutunan kabîh bir vasıf sebebiyle fâsid olarak gerçekleşmiş olur.⁷⁵

Vasfın, varlık anlamında mevsufun önüne geçememe kuralı, “*haram*” nitelimesinin yapılabilmesi için de geçerlidir. Çünkü “*haram*” kavramı da şeriatın isim vermek suretiyle varlığını tanımış olduğu şeyler için kullanılan bir sıfattır. Dolayısıyla sıfat, mevsuf olmadan sabit olmayacağına göre haram olan fiilin daha önce vücut bulması gereklidir. Bir fiilin aslının haram kılınması ise, o fiilin bâtil olduğunu ifade etmez. Sadece o fiili meşru olmaktan çıkarır.⁷⁶

2.2.2. Nehyin İcâza Delalet Etmediğini Savunanların Delilleri

Nehyin, iczâya delalet etmediğini düşünenler buna gerekçe olarak yukarıda zikri geçen “*Kim dinimize onda olmayan bir şeyi girdirirse o merduddür*”⁷⁷ hadisini delil göstermişlerdir. Yasaklanan fiil, yasak kılınmış olması nedeniyle hadiste ifade edilen “*dinde olmayan*” kapsamına girer. Dolayısıyla merdud ve bâtil olur. Hadisteki merdud lafzının “*makbul olmayan ve sevap gerektirmeyen*” şeklinde yorumlanması ise dildeki kullanıma uymaması nedeniyle doğru bir tevil olmayacaktır. Örneğin “*Filan, filana malını iade etti*” (رد فلان على فلان ماله) sözünden, mal üzerindeki tasarruf gücünün yok olduğu anlaşılmaktadır. Dildeki kullanımın dışına çıkabilmek için ayrı bir delile ihtiyaç vardır. Nehyedilen şeyin yasak ve haram oluşuna dair mevcut icmâ yine dildeki bu anlam üzerine kurulmuştur.⁷⁸

74 Debûsî, *Takvimü'l-edille*, s. 56.

75 Serahsî, *Usûlü'l-fıkh*, s. 69.

76 Debûsî, *Takvimü'l-edille*, s. 57.

77 Buhârî, *Sulh*, 5.

78 Semâni, *Kavâti'u'l-edille*, I, 147-148

Bu görüş sahiplerine göre nehyin iczâyı delalet etmeyişinin bir başka gerekçesi ise yasak olan şeyin meşruiyetinin kalmamış olmasıdır. Bir şeyin hem yasak hem de meşru olması muhaldir. “Allah alışverişi helal, ribayı haram kıldı” ayetinde Allah, meşru olan ile yasak olanın bir arada bulunamayacağına hükmetmiştir. Meşru olmamak ile batıl olmak da birbirleriyle irtibatlıdır. Şöyle ki Şâri’ akitleri özel şartlarla belli kişi ve mahaller çerçevesinde meşru kılmıştır. Bu şart ve vasıfların dışındaki akitler ise meşruiyet kapsamına girmemektedir. Çünkü bunlarda aslanan meşru olmamaktır. Meşru olmayan suretle yapılan akitler de aslı üzere yani var olmamak üzere devam eder. Dolayısıyla batıl olurlar, şer’î hükme dayanak olmazlar.⁷⁹

Gazzâlî, mutlak nehyin muâmelât konularında fesadı gerektirmediğini ve bu fiillerin hukukî sonuçlar doğurabileceğini kabul etmekle birlikte, ibadet konularında nehyin iczâyı delalet etmeyeceğini düşünmektedir. Muamelat alanında haram kılınmış bir fiilin hukukî sonuçlar doğurabiliyor olması, ibadet konularında da yasaklanan fiilin tâat olarak gerçekleşmesini gerekli kılmaz.⁸⁰ Bir fiilin şer’an sahih kabul edilebilmesi için ilave bir delile daha ihtiyaç duyulur. Çünkü emir sığası bile fiilin sıhhatine delalet etmezken nehyin, yasak kılınan fiilin sıhhatine delalet etmemesi evleviyettedir. Emir ve nehy sığaları yalnızca yapmayı ve terk etmeyi iktizaya başka bir ifadeyle vücûba ve tahrime delalet eder. İczâ ve faydanın gelmesi ancak başka bir delille söylenebilir.⁸¹

Hanefilerin “nehy cümlelerindeki salât gibi lafızlar şer’î anlamda kullanılmıştır. Bu ise Şâri’ tarafından yasaklı fiilin gerçekleştiğini kabul anlamına gelir” şeklinde özetlenebilecek iddiaları, iczâyı inkâr edenler tarafından kabul görmüştür. Çünkü nehy cümlelerinde geçen “savm” ve “bey” gibi lafızların kullanım amaçları, bu kavramların varlığını ya da yokluğunu ortaya koymak değildir. Bu kavramlar sadece nehyin şer’an iptal ettiği şeyi tarif etmek için kullanılmıştır. Dolayısıyla bu gayeden öteye geçerek nehyin, fiillerin gerçekleştiğine delalet ettiğini iddia etmek doğru olmaz. Mesela hür kişinin satışı, anne karnındaki ceninin satışı ve içkinin satışı gibi akitlerin yasaklanmasında kullanılan “bey” lafızları o akitlerin gerçekleştiğini ifade etmek için kullanılmamıştır. Sadece iptal edilen şeylerin neler olduğunu tarif etmek için kullanılmıştır.⁸²

Gazzâlî’ye göre salât, savm ve bey’ gibi kavramlar, Hanefilerin iddialarının tam aksine şer’î örftte sözlük anlamında kullanılmaktadır. Ancak emir sığaları bu

79 Semâni, *Kavâti’u’l-edille*, I, 147-148.

80 Gazzâlî, *İslam Hukukunda Deliller ve Yorum Metodolojisi*, II, 87.

81 Gazzâlî, *İslam Hukukunda Deliller ve Yorum Metodolojisi*, II, 88.

82 Semâni, *Kavâti’u’l-edille*, I, 152-153.

kuraldan istisna edilmelidir. Çünkü bu lafızların emir cümlelerindeki kullanımına ilişkin örf, şer'î anlamlarının esas alınması yönünde teşekkül etmiştir. Nahiyyeler hususunda ise bu kuralın dışına çıkmayı gerektiren bir örf bulunmamaktadır. Dolayısıyla nehiy cümlelerindeki kullanımlarda lafızların sözlük anlamı esas alınır. Gazzâlî, “*Babalarımızın nikâhladığı kadınları nikâhlamayın*”, “*hayız günlerinde salât'ı terk et*” şeklindeki yasaklarda söz konusu fiillerin nehiy nedeniyle in'ikad etmemesini, lügavî anlamın esas alındığına örnek vermiştir. Şöyle ki, hissi fiillere yönelik nehiylerin butlanı gerektirdiğini Hanefiler de kabul etmektedir. Bu iki örnekte fiillerin Hanefilerce de batıl kabul edilmesi, “*nikâh*” ve “*salât*” kavramlarının hissi fiil olduklarını (lügavî anlamda kullanıldıklarını) gösterir.⁸³

Serahsî, Gazzâlî'nin vermiş olduğu örnekleri, *nehiy* ile *nefy* arasındaki farka vurgu yaparak izah etmiştir. Ona göre bu örneklerdeki yasaklamalar nefy anlamındadır. Çünkü “*Anneleriniz ve kızlarımız size haram kılındı*”⁸⁴ ayetindeki yasaklama nikâhın zâtına yöneliktir. Zâtı itibarıyla haram kılınmış bir nikâh ise nefyedilmiş demektir. Çünkü helal ile haram aynı zamanda bir arada bulunamazlar. Aynı durum “*babalarımızın nikâhladığı kadınları nikâhlamayın*”⁸⁵ ayeti için de geçerlidir. Açık delille sabit olmuştur ki sıhriyetle haram kılınan kadınlar neseple haram kılınanlar gibidir. Dolayısıyla zâta yönelik olan bu yasağa “*nehiy*” denilmesi mecazendir. Çünkü bu yasağın gerektirdiği sonuç *nehiy* değil *nefy*dir.⁸⁶

Hanefilerin dile getirdikleri “*gerçekleşme imkânı olmayan bir şey yasaklanamaz*” şeklindeki gerekçe, nehyin iczâya delalet etmediğini düşünen usûlcüler tarafından, imkânın mahiyeti açısından ele alınmıştır. Şöyle ki, “*savm*” kavramının taşımış olduğu anlam, iki unsurun birleşiminden meydana gelir. Bunlardan birisi kulun fiili diğeri ise, Şâri'nin bu fiile ittisal etmiş olan emridir. Kulun fiili, niyet etmekle birlikte yeme-içmeden uzak kalmasıdır. Bu eylem, kul açısından yapılması tasavvur edilebilir bir durumdur. İşte bu tasavvurun varlığı, nehyi sahih kılar. Dolayısıyla kulun eylemi açısından imsak yani savm olmuştur. Ancak Şâri'nin fiile ittisal etmiş emri açısından ise, henüz savm olmamıştır. Şöyle ki, bir fiilin sıhhat ya da fesadı şeriatın bildirmesiyle ancak bilinir. Bu işte ise kulun her hangi bir rolü yoktur. Şayet fiil, şer'in bildirimine uygunsa sahih olur ve şer'î hükümler üzerine bina edilebilir. Şayet fiil, bu bildirimde muhalif ise bâtil olur ve üzerine hiçbir şer'î hüküm bina edilemez. İşte bu sebeple hissi olarak imsak gerçekleşmesine rağmen

83 Gazzâlî, *İslam Hukukunda Deliller ve Yorum Metodolojisi*, II, 88.

84 Nisa 4/23.

85 Nisa 4/22.

86 Serahsî, *Usûlü'l-fikh*, s. 72.

gece tutulan oruç bâtil sayılmıştır. Aynı şekilde suret ve his olarak imsak gerçekleşmiş olmasına rağmen hayızlı kadının tuttuğu oruç da bâtil kabul edilmiştir. Bu örneklerde de olduğu gibi şer'in emrine uygun olmayan hiçbir fiil için şer'î hakikat sabit olmaz.⁸⁷

SONUÇ

Bu çalışmada fıkıh usulünün önemli konularından birisi olan nehyi, gerektirdiği sonuçlar bağlamında ele almaya çalıştık. Konuya ilişkin görüşler genel olarak değerlendirildiğinde mezheplerin, ictihad faaliyetinde baskın olan karakterlerini bu meseleye de yansıtıkları görülüyor. Daha çok lafızların zahiri ile amel etmeyi esas alan usûlcüler, nehyi sığasının ifade ettiği “*yasaklama*” anlamını toptancı bir anlayışla ön plana çıkarmışlar, gerek mutlak nehyi olsun gerekse de öze ya da lazım vasfa yönelik olsun her nehyin fesadı gerektireceği fikrini benimsemişlerdir. Buna karşılık lafızların anlaşılmasında nassın zahiri yanında rey ve akla da başvuran, toptancı bir anlayışla fiilleri genel kurallara feda etmek istemeyen usûlcüler ise, yasağa konu olan kubhün mahiyetini ve fiilin şer'î ya da hissî oluşu gibi ayrıntıları dikkate almışlar ve buna bağlı olarak farklı görüşlere ulaşmışlardır. Kelamcı bir usul anlayışına sahip olmasına rağmen Ebû'l-Hüseyn el-Basrî, Gazzâlî ve Râzi gibi usûlcüler de nehyin mahiyetine ilişkin bu ayrıntıların, nehye olan etkisini kabul etmişlerdir. Ancak yine de içinde buldukları geleneğin anlayışından fazla kopamamışlar ve bu etkinin alanını sadece muâmelât konularıyla sınırlandırmışlardır. Hanefî usûlcüler ise bu etkiyi, fiilden olabildiğince yararlanılması adına hem muâmelât hem de ibadet konularına aksettirmişlerdir. Hatta kendisine yönelik nehiylerin öze ilişkin kabul edildiği hissî fiillerden bazılarında bile hukukî sonuçlar bağlamışlardır. Uç bir görüş sayılabilecek olan mekruh fiillerin de fâsid olduğu görüşü bir kenara bırakılacak olursa, her iki anlayışın benimsediği görüş kendi yöntemiyle uyumlu olup, kendi zaviyesinden doğru bir anlayıştır.

87 Semâni, *Kavâri'u'l-edille*, I, 152.

GÜNÜMÜZE ULAŞAN İLK METİNLERDE HADİS VE SÜNNET KAVRAMI*

Yrd. Doç. Dr. Mansur KOÇINKAĞ**

Özet: Son dönemde kaleme alınan bazı eserlerde, İmâm Şâfiî dönemine kadar hadis ve sünnetin farklı olduğu ve Kûfelilerin, hadis ve sünnet hususunda Medinelilere yakın bir tutum içinde oldukları, fakat Şâfiî ile beraber her iki kavramın eşanlamlı şekilde kullanılmaya başlandığı ve sünnet kavramının muhtevasında bir değişim yaşandığı iddia edilmektedir. Bu çalışmada günümüze ulaşan ilk metinlerden hareketle her iki kavramın hicrî ikinci asırda nasıl kullanıldığı ele alınacak ve böylece bu iddiaların isabetli olup olmadığı ortaya çıkmış olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hadis, Sünnet, Medine, Kûfe, Şâfiî.

The Concepts of Hadith and Sunnah in the Early Texts

Abstract: In some works written recently, it is claimed that hadith and sunnah terms were different until Imam Shafi'î and attitudes of ahl al-Kufa on hadith and sunnah were similar to ahl al-Madina. But after Shafi'î, both term were started to use synonymously and meaning of sunnah term had been changed. In this study, it will be examined how the two term were used in the second century of Hejira based on the first texts reaching to our time and it will be revealed whether these claims are right or not.

Keywords: Hadith, Sunnah, Madina, Kufa, Shafi'î.

مصطلح الحديث والسنة في النصوص الأولى التي وصلت إلينا

الملخص: حاول بعض الدارسات في السنوات الأخيرة إثبات تباين مصطلحي «الحديث» و«السنة» على أنهما مختلفان تمامًا حتى زمن الشافعي، كما حاولوا إقامة الدليل على أن أهل المدينة كانوا قريبين من أهل الكوفة فيما يتعلق بالحديث والسنة، ولكن مع الإمام الشافعي وبوسيلته أصبح المصطلحان مترادفين، فتغير مفهوم السنة. وهذه الدراسة استنادًا إلى النصوص القديمة التي وصلت إلينا ستبحث عن استخدام هذين المصطلحين في القرن الثاني الهجري، ومن ثم ستحاول اختبار هاتين الفرضيتين من حيث الصحة أو الخطأ. الكلمات المفتاحية: الحديث، السنة، المدينة، الكوفة، الشافعي

GİRİŞ

Hadis ve sünnet kavramları pek çok çalışmaya konu olmuştur. Fakat bu çalışmada, günümüze ulaşan ilk metinlerden hareketle, özellikle Hicrî ikinci asırdaki kullanımlarına ışık tutmaya çalışacağız. Böylece hicri ikinci asırda her iki kavram arasında belirgin bir ayırım olup olmadığını ve varsa nasıl bir ayırım olduğunu tespit etmeye çalışacağız.

* Bu makale, *Re'ÿ ve Hadis: Fıkah Düşüncesinde İlk Yöntemsel Ayrışmanın Edebî Kaynaklarına Dair Bir Analiz*, (İÜSBE, İstanbul 2017) adlı çalışmamızda daha önce ele aldığımız bir konunun gözden geçirilerek geliştirilmiş halidir.

** Çanakale 18 Mart Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, mansur-kocinkag@hotmail.com

1. GÜNÜMÜZE ULAŞAN İLK RİSALELERDE HADİS VE SÜNNET KAVRAMI

Ebü Nu‘aym’in (v. 430/1038) *Hilyetü’l-evliyâ* adlı eseri vasiyasıyla günümüze ulaşan en eski belgelerden biri kabul edilen Ömer b. Abdülaziz’in (v. 101/720) *Kader* risalesinde “hadîs” kavramının “hadîsü resûlillâh” terkihiyle yer aldığı ve ardından Hz. Peygamber’in sözlü ifadelerine yer verildiği görülür.¹ Sünnet kavramı ise “sünnetü resûlihi” ve “el-îtisâm bi’s-sünneti (sünnete bağlanmak)” şeklinde yer almış ve “ehlûs-sünnet” terkihi defalarca zikredilmiştir.² İbn Batta (v. 387/997) tarafından aktarılan Ömer b. Abdülaziz’in kadere dair bir başka risalesinde de “hadîs”, “sünnetü nebiyyihi” ve “sünnet” kavramları yer almıştır.³ Hasan el-Basri’ye (v. 110/728) nisbet edilen kadere dair risâlelerde de “sünnetü resûlihi”, “sünnetü resûlillâh” ve “hadîs” kavramının geçtiği müşahede edilir.⁴

Hadîs kavramı, günümüze ulaşan ilk hadîs belgelerinden Ma‘mer’in (v. 153/770) *Câmi‘* adlı eserinde, merfû hadîs için olduğu⁵ gibi mevkûf ve maktû

- 1 İlgili mektup Josef Van Ess tarafından “Anfänge Muslimischer Theologie” (Beyrut 1975) ve Hasan Kasım Murad’ın “Sunnah And Hadith In Umar II’s Epistle against the Qadariyyah”, *Islamic Studies*, s. 283-291, 35/3, 1996) adlı çalışmasına konu olmuştur. Hasan Kasım’ın çalışması Süleyman Doğanay tarafından “Ömer b. Abdülaziz’in Kaderiyye’ye Karşı er-Risâlesinde Sünnet ve Hadis” adıyla Türkçeye tercüme edilmiştir (*Bilimname*, IX, 2005/3, 131-140).
- 2 Ebû Nu‘aym, *Hilyetü’l-evliyâ ve tabakâtü’l-esfiyâ*, Dâru’l-kütübî’l-ilmiyye, Beyrut 1409/1988, V, 346-353. Aynı mektupta Hz. Ömer’in, İbn Abbâs’ın, Sehl b. Huneyf’in ve Hz. Peygamber’in sözünün isnâdsız şekilde aktarılması üzerinde durulması gereken önemli bir husustur.
- 3 İbn Batta, *el-İbânetü’l-kübrâ*, (thk. Osman el-Etyûbi ve diğerleri), Riyâd 1415/1994, IV, 231. Schacht, Veccia Vaglieri’den alıntı yaparak onun tespitine göre sünnetin, siyaset ve bilhassa mali siyaset bağlamında kullanıldığını belirtir. Akabinde hicrî 810 yılında vefat eden Berrâdî’nin eseri içinde bulunan Abdullah b. İbâz’ın mektubundan hareketle “Hz. Peygamber’in sünneti” diye müstakil bir delil olmadığını, bununla kastedilenin ayetler olduğunu iddia eder (Schacht, “Peygamberin Sünneti Tabiri Hakkında” (trc. M. Said Hatiboğlu), *AÜİFD*, 1970, s. 81-82). Başka bir tefliğinde “Hz. Peygamber’in sünneti” kavramının Irak’ın erken dönemine ait olduğunu, Medine’nin sünnetin gerçek yurdu olduğuna dair anlayışın da hicrî üçüncü asrın başlarında kurgulandığını iddia eder (Schacht, “Hadislerin Yeniden Değerlendirilmesi”, (Çev. İshak E. Aktepe), *HTD*, c. V, sy. 2, 2007, s. 136). Öncelikle Schacht’ın, bu mektubu sahih kabul edip hicrî birinci asra dair neredeyse bütün hadisleri ve terâcim türü eserlerde yer alan âlimlerin sözlerini uydurma ve kurgu olarak kabul etmesi bilimsellikte açıklanamayacak bir durumdur. İkincisi Hâricî olan birinin, bir mektubunda Hz. Peygamber’in hadislerine atıfta bulunmamasından hareketle böyle bir sonuca ulaşması da garip bir husustur. Zira Hâricîlerin büyük bir kısmının, sahâbeye ve dolayısıyla hadislere karşı oldukları, onlardan aktarılan rivâyetleri kolay kolay kabul etmedikleri bilinmektedir. Bunun da ötesinde erken kaynaklarda yer alan ve günümüze ulaşan Ömer b. Abdülaziz’in (v. 101/720) mektubunda hem sünnetten, hem Hz. Peygamber’den aktarılan hadislerden açıkça bahsedildiği görülmektedir (İbn Batta, *el-İbânetü’l-kübrâ*, IV, 231).
- 4 İmâre, Muhammed, *Resâilü’l-âdl ve’t-tevhîd*, (Hasan el-Basri’nin er-Risâlesi), Dâru’ş-şurûk, Kâhire 1408/1988, s. 112, 117, 121. Bu mektupların özgün şekilde bu kaynaklarda yer alıp almadığını tespit etmek pek kolay değildir. Örneğin ilgili mektupların birinde, açıkça mektubun uzun olduğu, fakat ondan birkaç cümleye temas edileceği ifade edilmiştir (s. 117, 122).
- 5 Ma‘mer, Ma‘mer b. Râşid, *el-Câmi‘*, (*Musannef* ile birlikte), (thk. Habiburrahmân el- A‘zamî), Beyrut 1403/1983, X, 411, 412, 434, 453, XI, 11, 17, 21.

rivâyetler için de kullanılmıştır.⁶ Sünnet kavramı ise *Câmi*' adlı eserin birkaç yerinde zikredilmiştir.⁷ Aynı dönemde yaşayan Basralı İbn Ebî Arûbe'nin (v. 156/773) de hadîs kavramını Ma'mer gibi bütün rivâyetler hakkında kullandığı görülür.⁸

Günümüze ulaşan ilk metinlerden hareketle sünnet ve hadîsin erken dönem kullanımına kısaca temas ettikten sonra konunun devamında re'y ve hadîs ekollerinin oluşumunda kendilerine sıkça atıfta bulunulan; İmâm Mâlik, İmâm Ebû Yusuf, İmâm Muhammed ve İmâm Şâfi'nin eserlerinden hareketle konuya nisbeten detaylı temas etmeye çalışacağız.

2. MEDİNELİLERİN HADİS VE SÜNNET ANLAYIŞI

Bu alt-başlıkta, Medine'nin önde gelen fakihlerinden Abdülaziz el-Mâcişûn (v. 164/780) ve İmâm Mâlik'in (v. 179/795) eserlerinden hareketle hadîs ve sünnet kavramının nasıl ve hangi anlamda kullanıldığına temas edilecektir.

Abdülaziz el-Mâcişûn, *Kitâbü'l-Hac* adlı eserinde tespit edebildiğimiz kadarıyla "hadîs" kavramına sadece bir yerde "hadîsü İbn Ömer" şeklinde, sünnet kavramına ise birkaç yerde temas eder. Nitekim erkeklerin yüksek sesle telbiye getirmesinin sünnet olduğu belirtilir ve bunun, Hz. Peygamber dönemindeki uygulamalarla temellendirildiği görülür. Ayrıca Mekke'ye gelenlerin tavafla başlamalarının, Müzdelife'de akşam ve yatsı namazlarının, Arefe'de ise öğle ve ikinci namazlarının cem edilmesinin sünnet olduğu ifade edilir.⁹ Sünnetin kaynağını açıkça belirtmese de Mâcişûn, sünnet anlayışı hususunda İmâm Mâlik'le hemfikirdir. Zira Mâcişûn, bu eserini Medine'de uygulanagelen sünnetleri cem etme maksadıyla telif etmiştir. Ayrıca Mâcişûn'un kadere dair risâlesinde, "sünnet" ve "sünnetü rasûlillâh" gibi ifadeler yer almakta ve bir yerde açıkça sünnetin, uyulması gereken yol olduğu ifade edilmektedir.¹⁰

6 Ma'mer, *Câmi*, X, 445, XI, 25.

7 Bir yerde Ma'mer, Hz. Peygamber'in uygulamasına atıfta bulunduktan sonra Zührî'nin "madatîs-sünnetü bi-zâlik" sözüne yer verir, başka bir yerde Hz. Ömer'in, Ebû Musa'ya gönderdiği mektuptan alıntı yaparak fıkıh ve sünnete ittibadan bahseder.

8 Sa'id b. Ebî Arûbe, *Kitâbü'l-Menâsik*, (thk. Âmir Hasan), Beyrut 1421/2000, s. 60, 96.

9 Mâcişûn, Abdülaziz b. Abdullah b. Ebî Seleme, *Kitâbü'l-Hac min kütübi Abdilaziz b. Abdullah*, Dâru İbn Hazm, Beyrut 2007, s. 186, 190.

10 İbn Batta, *el-İbânetü'l-kübrâ*, IV, 247-248; Koçinkağ, Mansur, "Abdülaziz b. Abdullah b. Ebî Seleme el-Mâcişûn ve Kadere Dair İki Risalesi", *Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy. 9, s. 105. Orijinal ifadesi:

فَعَلَيْكَ بِزُومِ السُّنَّةِ؛ فَإِنَّهَا لَكَ بِإِذْنِ اللَّهِ وَأَنَّ السُّنَّةَ إِنَّمَا جُعِلَتْ سُنَّةً لِيُسْتَنَّ بِهَا، وَيُقْتَصَرُ عَلَيْهَا

İmâm Mâlik, *Muvatta* adlı eserinde hadîs kavramını selefleri gibi mevkûf ve maktû rivâyetleri içine alacak şekilde geniş anlamda,¹¹ sünnet kavramını ise Medinedeki yerleşik uygulamalar anlamında kullanır. Fakat Mâlik'in, *Muvatta* adlı eserinde Medine amelini rivâyetlerle tespit ettiği ve nadiren muğlak şekilde sünnet kavramına yer verdiği söylenebilir. Ayrıca Mâlik'in rivâyet ettiği hadislerle amel etmediğine dair yaygın bir iddia söz konusu olsa da A'zamî, *Muvatta*'daki merfû hadislerin toplamda 822 ve mevkûf rivâyetlerin 613 olduğunu, Mâlik'in ise gerekçesini açıklayarak terk ettiği merfû hadislerin sayısının sadece üç tane olduğunu belirtir.¹² Dolayısıyla amele aykırı olduğundan İmâm Mâlik'in, pek çok hadisi terk ettiğine dair yaygın kabule ihtiyatla yaklaşmamız gerekir.¹³ İzâfeten A'zamî'nin iddiası doğruysa, İmâm Mâlik'in amel etmediği söylenen rivâyetlerin genelini mevkûf ve maktû rivâyetler olduğu anlaşılmaktadır.

İmâm Mâlik, sünnet ve ilgili pek çok tabire yer verir. Nitekim tespit edebildiğimiz kadarıyla “el-emru ‘indenâ” kavramını yüz küsur yerde, “el-emru’l-müctema‘u ‘aleyh” kavramını altmış civarında, “ahsenu mâ semî‘tu” kavramını kırk civarında, “ehlü’l-ilmî bi-beledinâ” kavramını yirmi küsur yerde, “madatî’s-sünnetü” kavramını yirmi civarında, “es-sünnetü ‘indenâ” kavramını on küsur yerde,¹⁴ “es-sünnetü’l-letî lâ ihtilâfe fihâ ‘indenâ” kavramını on civarında, “el-amelu ‘indenâ” ve “es-sünnetü’l-letî lâ ihtilâfe fihâ” kavramını ikişer, “es-sünnetü fi zâlik” kavramını bir defa zikreder.¹⁵ Bu kavramların tamamı Medine amelini yansıtmış olsa da bu kavramlar arasında fark olup olmadığı ve varsa nasıl bir fark olduğu pek net değildir.¹⁶

11 Mâlik, “Cuma”, 5, “Salâtü’l-havf”, 4, “Hac”, 78, 179, “Sadaka”, 12, “Tahâret”, 108, “Talak”, 63, “Buyû”, 83, “Cihad”, 12; Mâlik, “Salât”, 11, 57.

12 İbn Hazm, *Muvatta*'da bulunup İmâm Mâlik'in amel etmediği hadis sayısının yetmiş küsur olduğunu belirtir (Süyûtî, *Tenvirü’l-havâlik şerhu ‘alâ Muvattai Mâlik*, Matbaatü Dâri İhyâi’l-kütübî’l-arabiyye, Mısır t.y., I, 9. İbn Hazm'ın, mevkûf ve maktû dahil olmak üzere toplamda yetmiş civarında rivâyetle amel etmediğini kastetmiş olması mümkündür.

13 A'zamî, Mustafa, “Müsteşrik Schacht ve Nebevi Sünnet”, *Oryantalist Yaklaşma İtirazlar*, (derleyen ve tercüme eden M. Emin Özafşar), Otto, Ankara 2015, s. 61.

14 Özafşar, “es-Sünnetü indenâ” veya “es-Sünnetü fi zâlik” tabirinin 21 yerde kullanıldığını belirtir Özafşar, M. Emin, *Hadisi Yeniden Düşünmek Fikhî Hadisler Bağlamında Bir İnceleme*, Ankara Okulu, Ankara 2000, s. 59

15 Kavramların kaç defa kullanıldığı için bkz. Koçinkağ, Mansur, *İlk Dönemde Sünnet ve Haber-i Vâhilde İlgili Tartışmalar*, MÜSBE, İstanbul 2011, s. 77.

16 Nitekim Halit Özkan, bu tabirler üzerinden yapılan tartışmaların çok sağlam bir zemine oturmadığını ve bunların anlamı hakkında ileri sürülen iddiaların çoğu kere tersinin de ispatlanmasının mümkün olduğunu belirtir. Fakat Özkan, buna rağmen bazı terimlerin hangi anlama geldiğini incelemeye çalışır. Özkan, Halit, *Hicri İlk İki Asır'da Farklı Şehirlerde Amel Telakkisi Oluşumunda Sünnet ve Hadisin Yeri*, MÜSBE, İstanbul 2006, 176-188.

İmâm Mâlik'e göre Medine ameli, nebevî sünneti yansıtan en önemli bilgi kaynağıdır. Nitekim Mâlik, Medine uygulamasının norm koyucu olduğunu, sırf amel olmasıyla değil, Hz. Peygamber ve sahâbenin uygulaması olmasıyla ve âlimlerin nesiller boyu onunla amel etmesiyle irtibatlandırmıştır. Diğer bir ifadeyle İmâm Mâlik'e göre amelin norm koyucu olması sadece “yaşanan hayat”la ilgili bir mesele değildir.¹⁷ Zira böyle olması durumunda farklı şehirlerde söz konusu olan ameli de dikkate değer bulması gerekirdi. Hâlbuki hem Leys b. Sa'd'a (v. 175/791) gönderdiği mektuptan¹⁸ hem Mekke müftüsü Müslim b. Halid ez-Zencî'ye (v. 179/795) karşı kullandığı ifadelerden¹⁹ hareketle İmâm Mâlik'in böyle bir anlayışa sahip olmadığını söyleyebiliriz. Nitekim kendisi de bir sözünde Medine'de on bin sahâbenin vefat ettiğini, diğerlerinin ise farklı bölgelere dağıldığını, onlara tabi olmanın diğer bölgelere dağılan birkaç sahâbiye tabi olmaktan daha faziletli olduğunu belirtir.²⁰ Hocası Rebîa'nın (v. 136/753) da bir sözünde “Bana göre bin kişinin bin kişiden rivâyet ettiği bilgi, bir kişinin bir kişiden naklettiği bilgiden daha sevimlidir”²¹ dediği aktarılır.

Dikkatli incelendiğinde Medine'de yaşayan âlimlerin, sünnet anlayışı hususunda farklı bir kanaate sahip oldukları görülecektir. Bunun sadece İmâm Mâlik'ten (v. 179/795) kaynaklandığını söylemek pek isabetli değildir. Zira İmâm Mâlik'le aynı dönemde yaşayan Abdülaziz el-Mâcişûn'un (v. 164/780) da aynı kanaati taşıdığı ve bir kısmı günümüze ulaşan eserini de Medine amelini dair uygulamaları cem etme maksadıyla kaleme aldığı görülmektedir.²² Ayrıca

17 Goldziher, D. S. Margoliouth, Schacht ve takipçileri hicri ilk iki asırda sünnetin, yerel örf ve adetten ibaret olduğunu, bundan dolayı da onun “üzerinde ittifak edilen ve yaşayan gelenek” anlamına geldiğini iddia etmişlerdir. bkz. Goldziher, *Muslim Studies II (Muhammedanische Studien)*, London 1971, s. 24 vd.; Schacht, *İslam Hukukuna Giriş*, (trc. Mehmed Dağ-Abdulkadir Şener), Ankara İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara 1986, 28-29; Schacht, “Peygamberin Sünneti Tabiri Hakkında”, 81-84; Fazlurrahman, *İslam*, (trc. Mehmet Dağ ve Mehmet Aydın), Ankara 2000, 95; Bedir, Murteza, “Schacht”, *DİA*, XXXVI, İstanbul 2009; Kızıl, Fatma, “Goldziher'den Schacht'a Oryantalist Literatürde Hadis ve Sünnet: Bir Okulun Yaşayan Geleneği”, *HDT*, C. VII, sy. 2, 2009, s. 50; Saldıran, Faruk, *Oryantalist Joseph Schacht ve An Intoduction to Islamic Law adlı eseri Bağlamında İslam Hukukuna Dair görüşleri*, (Yüksek Lisans Tezi), SÜSBE, Konya 2007; Yavuz Köktaş'ın “Bazı Yeni Sünnet Tanımları Üzerine” (*Divan*, 2002/1, s. 95-160; Türcan, Talip, “Joseph Schacht ve İslam Hukuku”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 4, 2004, s. 63-74).

18 Kâdi İyâz, İbn Musa el-Yahsûbi, *Tertîbü'l-medârik ve takribü'l-mesâlik li ma'rifeti a'lâmi mezhebi Mâlik*, (thk. Muhammed Sâlim), Beyrut 1418/1998, I, 21. Hudarî, Muhammed, *Târîhu't-teşrî'i'l-islâmî*, Beyrut 1423/2002, s. 123-124. İbn Vehb'in, onun hakkında şöyle dediği aktarılır: “Mâlik ve Leys b. Sa'd olmasaydı helak olurdum, zira daha önce Hz. Peygamber'den aktarılan her rivâyetle amel edileceğini düşünüyordum.” İbn Receb el-Hanbelî, *Şerhu 'İlelî't-Tirmizî*, (thk. Hemmâm Abdürrahim), Ürdün 1407/1987, II, 627.

19 Kâdi İyâz, *Tertîbü'l-medârik*, I, 68.

20 Kâdi İyâz, *Tertîbü'l-medârik*, I, 23.

21 Kâdi İyâz, *Tertîbü'l-medârik*, I, 22.

22 Mâlik'ten evvel *Muvatta* adlı eseri kaleme alan kişi, yukarıda belirttiğimiz üzere Abdülaziz b. Abdullâh el-Mâcişûn'dur. Bazı araştırmacılar yanlışlıkla İbnü'l-Mâcişûn diye bilinen Abdülmelik b. Mâcişûn'un bu

daha erken bir dönemde yaşayan Ebu'z-Zinâd (v. 130/748), Rebîa (v. 136/753) ve Zührî'nin (v. 124/741) de aynı kanaatte olduğuna dair bilgiler aktarılmaktadır.²³ Bunun da ötesinde söz konusu anlayışın, sahâbe döneminden itibaren Medine ulemâsında hâkim olagelen bir anlayış olduğu belirtilmiştir.²⁴ Zira hilâfetin merkezi ve sahâbenin büyük çoğunluğunun yerleşim yeri olması dolayısıyla hukuk ve din alanında son merciin, uzun süre Medine olduğu söylenebilir. Hz. Ömer başta olmak üzere sahâbe ve tâbiîn neslinden bazı kimselerin, Medine ameline muhalefeti caiz görmeyen açıklamalarını da bu bağlamda değerlendirmek uygun olacaktır.²⁵ Fakat tasnif döneminde yaşayıp birikiminin mezhebe dönüşmüş olması dolayısıyla İmâm Mâlik'in, seleflerine ve akranlarına göre biraz daha ön plana çıktığı anlaşılmaktadır.

Medine'de mevzubahis edilen bu sünnet anlayışının, farklı bölgelerde de söz konusu olduğunu iddia edenler bulunsa da²⁶ hiçbir bölgede böyle bir anlayışın olduğu tarafımızca tespit edilememiştir. Elbette farklı bölgelerde yaşayan fukahânın, kendi bölgelerinde yaygın olan ve nesiller boyu uygulanagelen fihhi birikimi tevarüs etmesi ve kabul etmesi söz konusudur. Bunun, fıkıh eğitiminin ve yöneticilerinin uygulamalarının doğal bir sonucu olduğu dahi söylenebilir. Dolayısıyla bu bağlamda hicrî ikinci asırda Mekke, Şam, Kûfe, Basra ve Mısır'da da amelin olduğu iddia edilebilir.²⁷ Fakat Medineli âlimlerin dışında hiç kimsenin, kendi bölgelerinde uygulanagelen pratiklere uymadığından veya onlara göre fetva vermediğinden fukahâyı eleştirdiği veya amele uymadığından hadîsleri reddetmeyi bir prensip olarak kabul ettiği, daha açık bir ifadeyle yerel ameli, edille-i

eseri kaleme aldığını iddia etmişlerdir. Özdemir, Recep, "İslam Hukuku Tarihi Açısından Muvatta'in Konumu", *I. Uluslararası Sosyal Bilimler Sempozyumu*, Elazığ 2016, s. 2165.

23 Ma'mer, *Câmi'*, XI, 151; Mâlik, "Ukûl", 4, 8; Kâdi İyâz, *Tertîbü'l-medârik*, I, 22.

24 Kâdi İyâz, *Tertîbü'l-medârik*, I, 17-23.

25 Kâdi İyâz, *Tertîbü'l-medârik*, I, 17, 19, 22.

26 Detaylı bilgi için bkz. Özkan, *Hicri İlk İki Asır'da Farklı Şehirlerde Amel Telakkisi Oluşumunda Sünnet ve Hadisin Yeri*, MÜSBE, İstanbul 2006.

27 Özkan, bu tür açıklamalardan hareketle Medine'nin dışında bulunan şehirlerde de amel olduğunu iddia eder (*Hicri İlk İki Asır'da Farklı Şehirlerde*, s. 189 vd.). Fakat klasik eserlerde amel denildiğinde bunun kastedildiğini söylemek pek kolay değildir. Zira daha önce işaret edildiği üzere İmâm Ebû Hanîfe'nin ashâbi, Mâlik'i tenkit ederken amel anlayışını yanlışlamaktadırlar ve amele dair vurguların bir anlam ifade etmediğini belirtmektedirler. Dolayısıyla Şeybânî'nin, Medinelileri tenkit ederken "Bizim amelimiz böyledir" ve "biz bu hususta Hz. Ömer'in şu sözüyle amel ederiz" şeklindeki ifadelerinden hareketle Medine benzeri bir amelin Kûfe'de de olduğunu iddia etmek (Özkan, *Hicri İlk İki Asır'da Farklı Şehirlerde*, s. 222 vd.) doğru bir yöntem olmamalıdır. Zira bu tür ifadeleri fukahâ içinde muhaddis kimliğiyle tanınan Ahmed b. Hanbel'in eserlerinde dahi bulmak mümkündür. Nitekim Sehl b. Sa'd'ın Kur'an sûresi karşılığında evlendiğine dair hadîs hakkında "İsnâdî sahihtir, fakat bu hadîsle kimse amel etmemiştir" (*Mesâilü'l-İmâm Ahmed b. Hanbel* (Ebû Dâvud rivâyeti), (thk. Ebû Muâz), Beyrut 1420/1999, s. 264), bir başka yerde Musâb hadîsi hakkında "amel bu rivâyete göre değildir (leysel-'amelü aleyh)" demiştir (*Mesâil*, s. 264).

şeriyeden kabul ettiği tespit edilmemiştir. Sadece fakihlerin, bölgesel uygulamayı rivâyetlerle amelde bir tercih nedeni olarak kabul ettikleri söylenebilir. Hâlbuki İmâm Mâlik başta olmak üzere Medine fukahâsı, Medine amelini icmâ ve mütevâtir bir amel/uygulama olarak telakki etmekte ve bundan dolayı Medine ameline muhalefeti uygun görmemektedir. Nitekim İmâm Mâlik (v. 179/795), Mısırlı Leys b. Sa'd'a (v. 175/791) gönderdiği mektupta “Bana ulaştığına göre bizim halkın uygulamasına ve memleketimize muhâlif şekilde fetva vermektedirsin... İnsanlar, ancak Medine ahâlisine tâbi olmak zorundadır” ifadesine yer vermekte,²⁸ İmâm Şâfiî'nin fıkıh hocası Mekkeli Müslim b. Hâlid ez-Zencî'ye (v. 179/795) ise “Kulağıma gelenler doğru mu, Medine ahâlisine muhalefet mi ediyorsunuz?” demektedir ve Zencî böyle bir şey yapmadıklarını belirtmesine rağmen İmâm Mâlik'in, “yine de Ehl-i Medine'ye muhalefet edip başka bir görüşe meyletmenizden endişe ediyorum” diyerek onu ikaz ettiği görülmektedir.²⁹

Hâsılı Medineli fakihler, temelde nebevî sünnet veya Halifelerin uygulamasına dayanan Medine amelini sünnet kavramıyla karşılamakta ve bunları bir veya iki isnâdla aktarılan rivâyetlere takdim etmektedirler. Dolayısıyla Yasin Dutton'un, *Muvatta*'dan hareketle İslam hukukunun kaynaklarının temelde üç olduğuna; mezkûr delillere ek olarak bir de amel delilinin bulunduğu dair iddiasına³⁰ ihtiyatla yaklaşmamız gerekir. Zira amel, İmâm Mâlik'in (v. 179/795) sünnetle bağlantılı olarak ele aldığı bir kavramdır, diğer bir ifadeyle sünnetin kasîmi (mukabilindeki kısım, türdeş) değil, onun tanımını altında ele alınması gereken bir husustur.

28 Kâdi İyâz, *Tertibü'l-medârik*, I, 21. Hudari, Muhammed, *Târîhu't-teşrî'i'l-islâmî*, s. 123-124.

29 Kâdi İyâz, *Tertibü'l-medârik*, I, 68. Medine amelinin herkes için bağlayıcı olduğunu gösteren birçok bilgi bizzat Mâlik'ten aktarılmasına rağmen ve Leys b. Sa'd'a gönderdiği mektupta tartışmaya mahal bırakmayacak şekilde ifadeleri net iken, ilâveten Şâfiî'nin eserlerinde bu bağlamda ona yöneltilmiş birçok eleştiri söz konusu iken Halife Mansur tarafından kendisine sunulan teklifi reddetmesi, yani *Muvatta*'ın her bölgede bağlayıcı hukuk kaynağı olmasından kaçınması dolayısıyla Mâlik'in gözünde Medine amelinin bütün Müslümanlar için bağlayıcı olmadığı iddia edilmiştir (Yılmaz, Rahile, *Modern Hadis Tartışmaları Bağlamında Muvatta'daki Mürsel Rivâyetler*, (Doktora Tezi), MÜSBE, İstanbul 2014, s. 115). Hâlbuki aktarılan bu anektod doğrusa muhtemelen henüz yeterince cem edilmemiş ve her bölgede dağınık olan rivâyet malzemesinin toplanmasını önemsemesi dolayısıyladır. Ayrıca devlet eliyle böyle bir zorlamayı doğru bulmamasıyla da ilgili olabilir. İlâveten Mâlik tarafından Leys'e gönderilen mektubun tarihi, Halife ile görüşmesinden sonraki döneme denk geldiğinden Mâlik'in önceleri bütün bölgelerdeki uygulamaları kabul ettiğini, fakat zamanla bu görüşünden döndüğünü söylemek de mümkündür.

30 Detaylı bilgi için bkz. Dutton, Yasin, “Sünnet, Hadis ve Medine Ameli”, (Çev. Yavuz Gökteş) *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi* II (2002), sy. 4. Ayrıca bkz. Dutton, *The Origins of Islamic law: the Quran, the Muvatta and Madinan amal*, Surrey: Curzon Press, 1999.

3. KÜFELİLERİN HADİS VE SÜNNET ANLAYIŞI

İmâm Ebû Hanîfe'ye nisbet edilen *el-Fıkhu'l-ekber* adlı eserde hadîs kavramı birkaç defa zikredilmiştir. Örneğin Ebû Ümâme'den aktarılan rivâyet bağlamında “hadîsü Ebû Ümâme” denilmiş³¹ ve iki yerde doğrudan Hz. Peygamber'den aktarılan merfû rivâyet hakkında hadîs kavramı kullanılmıştır.³² Başka bir yerde Hz. Osman'ın ölümü esnasında sahâbenin tavrına dair aktarılan bilgi, yine bir yerde Hz. Muâz ve İbn Mes'ûd'dan aktarılan bilgiye, yani mevkûf rivâyete hadîs denilmiştir.³³ Sünnet kavramı ise birkaç yerde “ehlû's-sünnet” biçiminde³⁴, bir yerde şer'î amelî hüküm bağlamında,³⁵ diğer bir yerde “sünnetü resûlihi” şeklinde zikredilmiştir.³⁶ Ancak İmâm Ebû Hanîfe'nin, rivâyetleri isnadsız ve yorumlayarak aktarmış olması önemli bir ayrıntıdır. Zira muhaddisler, hadîsleri isnadlı zikretmeye gayret ettikleri gibi lafzen aktarmaya da büyük önem atfederler. Böylece Küfelilerin, Medinelilerden veya muhaddislerden ayrıldıkları temel noktalardan birinin de hadîslere temas edilirken takip edilen yöntem farkı olduğu söylenebilir.

el-Fıkhu'l-ekber ve diğer eserlerin İmâm Ebû Hanîfe'ye nisbeti kesin olmadığından³⁷ Ebû Yusuf ve Şeybânî'nin eserleri üzerinden bir okuma yaparak sonuca ulaşmamız daha uygun olacaktır. Görebildiğimiz kadarıyla Ebû Yusuf (v. 182/798), hadîs kavramını genelde merfû rivâyetler bağlamında zikretse³⁸ de mevkûf rivâyetler hakkında da kullanmaktadır. Ayrıca onun eserlerinde hadîs kavramıyla nitelendirilen rivâyetlerin bir kısmı, kavli rivâyetleri içerse de fiilî uygulamaları da ihtiva edebilmektedir. Nitekim Ebû Yusuf'un “men ehyâ ardan...” şeklindeki merfû rivâyeti³⁹ ve Hz. Ömer'in ganimet malını taksim ederken atıyla cihada katılanlara iki pay verdiğiğine dair uygulamasını hadîs kavramıyla karşılamıştır.⁴⁰ Böylece Ebû Yusuf'un hadîs kavramını sadece Hz. Peygamber'in sözleri

31 Ebû Hanîfe, *el-Fıkhu'l-ekber*, Mektebetü'l-furkân, İmârât 1419/1999, s. 111.

32 Ebû Hanîfe, *el-Fıkhu'l-ekber*, s. 121, 135.

33 Ebû Hanîfe, *el-Fıkhu'l-ekber*, s. 113, 115.

34 Ebû Hanîfe, *el-Fıkhu'l-ekber*, s. 45, 76, 159. İlk iki yerde alt-başlıkta yer almış olsa da diğer yerde metin içinde zikredilmiştir.

35 Ebû Hanîfe, *el-Fıkhu'l-ekber*, s. 45.

36 Ebû Hanîfe, *el-Fıkhu'l-ekber*, s. 59.

37 Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe hayâtuhu ve 'asruhu-arâuhu ve fıkhuhu*, Dâru'l-fikr, t.y., s. 187.

38 Ebû Yusuf, *Kitâbü'r-Red 'alâ Siyeri'l-Evzâ'i*, (thk. Ebu'l-Vefâ el-Afgânî), Haydarâbâd t.y., s. 15, 29, 30, 31, 64, 69, 121; Ebû Yusuf, *Kitâbü'l-Harâc*, Daru'l-Marife, Beyrut 1399/1979, s. 64

39 Ebû Yusuf, *Kitâbü'l-Harâc*, s. 64.

40 Ebû Yusuf, *Kitâbü'l-Harâc*, s. 19. Ayrıca bkz. Ebû Yusuf, *Kitâbü'l-Harâc*, s. 76, 89, 175.

için değil, Hz. Peygamber başta olmak üzere seleften (sahâbe ve tâbiinden) aktarılan söz ve fiiller anlamında kullandığı anlaşılmaktadır.⁴¹

Ebû Yusuf, sünnet kavramını ise Hz. Peygamber’le ilgili aktarılan bilgi anlamında kullandığı gibi, sahâbe uygulaması bağlamında da ilgili kavrama yer verir.⁴² Ayrıca Ebû Yusuf’un, sünneti hadîsle tespit etmeye gayret etmesi⁴³ ve görebildiğimiz kadarıyla yerel uygulamalara pek atıfta bulunmaması önemlidir. Nitekim bir yerde Hicazlıları tenkit ederken “Hicazlılar, bir hususta karar veriyorlar, kendilerine neye dayanarak böyle karar verdikleri sorulunca ‘sünnet (uygulama) böyle gelmiştir’ diyorlar. Galiba bu sünnet dedikleri şey, pazar görevlisi veya herhangi bir hususta bulunan görevlinin uygulamasına dayanmaktadır”⁴⁴ şeklinde eleştirmesi de hadîs ve sünnet anlayışını ortaya koyması açısından büyük önem arz etmektedir.

Başka bir yerde Evzâ’yi (v. 157/773) tenkit ederken “İmâmlar (âlimler) bu doğrultuda amel etmişler” veya “ilim ehli bu görüştedir” şeklindeki muğlak ifadelerin hiçbir anlam ifade etmediğini, bunun, Hicazlıların kullandığı “bi zâlike madatîs-sünnetü” ifadesini çağrıştırdığını belirterek, onların sünnet anlayışını tenkit eder.⁴⁵ Ebû Yusuf, bir başka yerde Evzâ’yi tenkit ederken sadece sika râvîlerden aktarılan rivâyetlerin kabul edileceğini belirtir.⁴⁶ Ayrıca “Bu hususta, sika kimselerin Hz. Peygamber’den rivâyet ettiği müsned bir hadîs var mıdır?” diyerek ihticâc edilen rivâyetin, nasıl olması gerektiğini İmâm Şâfiî’den daha önce açık şekilde ifade etmiştir.⁴⁷ İmâm Ebû Yusuf, İmâm Mâlik’in ve İmâm Evzâ’nin amele/uygulamaya yönelik yaptıkları atıfları da doğru bulmadığını, hiçbir bölgede yerleşmiş uygulamanın bağlayıcı olmadığını belirtmekte ve çok net ifadelerle tutumlarını ortaya koymaktadır:

41 Özşenel, Ebû Yusuf’un, sünnet, hadîs ve eser kavramını eşanlamlı şekilde kullandığını belirtir (Özşenel, *Ebû Yusuf’un Hadîs Anlayışı*, İstanbul 2008, s. 21-22). Yaptığı açıklamalar, genel olarak doğru olmakla beraber sünnet ve hadîs kavramı arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Zira sünnet kavramı sadece sahih hadîsler için kullanılırken, hadîs kavramı hem zayıf hem sahih rivâyetler için kullanılabilir. Ayrıca sünnet, hukukla ilgili konularda gündeme gelirken, hadîs kavramının daha genel olduğu bilinmektedir.

42 Ebû Yusuf, *Kitâbü’r-Red ‘alâ Siyeri’l-Evzâ’i*, s. 57; *Kitâbü’l-Harâc*, s. 65, 97, 101.

43 Ebû Yusuf, *Kitâbü’l-Harâc*, s. 191-192. Ayrıca bkz. Özşenel, Mehmet, *Sünnet ve Hadîs Değerlendirme ve Anlamada Ehl-i re’y-Ehl-i Hadîs Yaklaşımları ve İmam Şeybânî*, MÜSBE, İstanbul 1999, s. 144; Özşenel, *Ebû Yusuf’un Hadîs Anlayışı*, s. 23-26.

44 Ebû Yusuf, *Kitâbü’r-Red ‘alâ Siyeri’l-Evzâ’i*, s. 11,

45 Ebû Yusuf, *Kitâbü’r-Red ‘alâ Siyeri’l-Evzâ’i*, s. 41. Ayrıca bkz. s. 21. Ebû Yusuf’un buradaki ifadesinden hareketle Evzâ’nin de amel anlayışına sahip olduğu akla gelebilir. Fakat sırf buradaki ifadeden hareketle böyle bir sonuca ulaşmak pek uygun değildir. Aksine amel anlayışına sahip Mâlik’i sert eleştiren Şâfiî’nin, bu hususta Evzâ’yi tenkit etmemiş olması aksi istikamette olduğunu desteklemektedir.

46 Ebû Yusuf, *Kitâbü’r-Red ‘alâ Siyeri’l-Evzâ’i*, s. 5. Orijinal ifadesi:

فَإِنَّ هَذَا لَيْسَ يُقْبَلُ إِلَّا عَنِ الرَّجَالِ الثَّقَاتِ فَعَمَّنْ هَذَا الْحَدِيثُ وَعَمَّنْ ذَكَرَهُ وَشَهِدَهُ وَعَمَّنْ رَوَى

47 Ebû Yusuf, *Kitâbü’r-Red ‘alâ Siyeri’l-Evzâ’i*, s. 22.

Helal ve haram gibi hususlarda “insanlar hep böyle uygulayagelmışlerdir (lem yezeli'n-nâsu 'aleyhi)” demek doğru değildir. Zira insanların uygulayageldikleri hususların geneli, helal olmayan ve yapılmaması gereken şeylerdir. Eğer bunları sana açıklarsam muhakkak ki öğrenir ve insanların, genelde Hz. Peygamber'in yasakladığı şeyler üzere olduğunu görürdün. Helal ve haram gibi konularda [amele ve yerel uygulamalara değil] sadece Hz. Peygamber'in, sahâbenin ve fukahânın yoluna tabi olunur.⁴⁸

Ebû Yusuf, geçen paragrafta doğrudan olmasa da atıf vasıtasıyla “fukahânın sünneti”nden bahsetmiştir. Bazı araştırmacılar da lafızcı/literal metin okuma yöntemiyle yukarıdaki ilgili ifadelerden hareketle Ebû Yusuf'un sünnet anlayışının, İmâm Mâlik'le paralellik arzettiğini iddia etmişlerdir.⁴⁹ Hâlbuki daha önce aktardığımız ifadelerde açıkça görüldüğü üzere Ebû Yusuf, neredeyse Mâlik karşıtlığı üzerinden sünnet anlayışını ortaya koymaya çalışmış ve sünneti tespit ederken amele atıfta bulunmamış, aksine amelin tek başına bir anlam ifade etmediğini ve sünnetin hadîsle tespit edilmesi gerektiğini açıkça ifade etmiştir.⁵⁰

Görebildiğimiz kadarıyla Kûfeliler, amel kavramıyla ve mantığıyla konuları ele almamışlardır, diğer bir ifadeyle böyle bir üslub ve yöntemle sahip değildirlere. Fakat devlet başkanının isteği doğrultusunda ve tavsiye mahiyetinde kaleme alınan *Harâc* adlı eserde, amelin şu doğrultuda olduğuna dair ifadelerin yer aldığı görülmür.⁵¹ Benzer ifadelerin az da olsa Şeybânî'nin eserlerinde de yer aldığı müşahede

48 Ebû Yusuf, *Kitâbü'r-Red 'alâ Siyeri'l-Evzâ'i*, s. 76.

49 Özafşar, *Hadisi Yeniden Düşünmek*, s. 80. Özafşar, zorlama yorumlarla Ebû Yusuf'un Mâlik'e yakın olduğunu iddia etmiş olsa da “O, sünnet ile Peygamber'in (s.a.) uygulamalarından başlayarak, sahâbe ve daha sonraki uzmanların süregelen uygulamalarını kastetmiş olmalıdır. Fakat o, bu uygulamaya eşlik eden bir rivâyet delilinin bulunmasını da gerekli görmektedir” (s. 79) diyerek önemli bir hususa işaret etmiştir. Öncelikle Ebû Yusuf'un sünneti uygulama/amel anlamında kullandığına dair iddiası bir çıkarsamadır, yoksa Ebû Yusuf, eserlerinde böyle bir ifadeye yer vermemiştir. Fakat Ebû Yusuf'un, uygulamayla beraber bir rivâyetin olması gerektiğini şart koştuğunu belirtmesi önemli bir husustur. Nitekim Ebû Yusuf hakkında özel çalışmaları bulunan Özşenel de Ebû Yusuf'un sünneti hadîsle tespit etmeye çalıştığını açıkça belirtir (*Ebû Yusuf'un Hadis Anlayışı*, s. 34).

50 Ayrıca bkz. Özşenel, *Ebû Yusuf'un Hadis Anlayışı*, s. 34-35.

51 Nitekim Ebû Yusuf, bir yerde Basra ve Horasan topraklarından bahsederken halifelerin (devlet başkanlarının) bu toprakları Sevâd arazisi gibi değerlendirdiğini, uygulama ve amelin hep bu doğrultuda olduğunu belirtmiştir (ve zâlike'l-emru ve 'aleyhi'l-amel) (*Kitâbü'l-Harâc*, s. 59). Bir diğer yerde zekâtın bahsederken “bu hususta amel, Hz. Peygamber'in uygulaması doğrultusundadır (el-amel fi zâlik bi-mâ sennehu resûlullâh)” ifadesine yer verilir (*Kitâbü'l-Harâc*, s. 76). Bir başka yerde cizyenin aksine hayvan kesimi ve evlilik hususunda puta veya ateşe tapanların ve Mecusilerin ehli kitap gibi olmadığı, zira bu hususta Hz. Peygamber'den gelen rivâyetin bulunduğu ve amelin (uygulamanın) de bu doğrultuda olduğu belirtilir (*Kitâbü'l-Harâc*, s. 129). Diğer bir yerde ise öşürden ve haracdan bahsederken “alâ hâzâ el-'amelü 'indenâ” ifadesine yer verir (*Kitâbü'l-Harâc*, s. 134).

edilir.⁵² Fakat buralarda amele aykırı olduğundan dolayı bir hadisle ihticâc edilmediğinden bahsedilmez, aksine pek çok yerde rivâyete temas ederek amelin de aynı doğrultuda olduğuna ve örf bağlamında insanların uygulamalarına değinilir.

Bu tür ifadelerden hareketle Ebû Yusuf'un veya Kûfelilerin "amel" anlayışına sahip olduğunu iddia etmek pek isabetli olmayabilir. Zira bu tür ifadeleri, İmâm Şâfiî ve İmâm Ahmed dâhil olmak üzere pek çok fakîhin eserlerinde bulmak mümkündür.⁵³ Ayrıca daha önce ifade ettiğimiz üzere Medine'de mevzubahis edilen "amel", edille-i şeriyeden kabul edilip haber-i vâhide takdim edilen bir delil iken, diğer bölgelerde "amel"e dair atıflar bu özellikte değildir. Çünkü bu eserlerde, bazı hadislerin mensûh, gayr-ı makbûl veya zayıf olduğunu ifade etme maksadıyla fukahânın onunla amel etmediği vurgulanmaya çalışılır. İbn Receb el-Hanbelî (v. 795/1393) de fukahâ tarafından amele konu olmayan pek çok hadise yer verir.⁵⁴

Şeybânî, hocası Ebû Yusuf'a uygun şekilde hadis kavramını merfû rivâyet bağlamında zikrettiği⁵⁵ gibi mevkûf ve maktû rivâyetler hakkında da kullanır.⁵⁶ Aynı şekilde o, sünnet kavramına Hz. Peygamber'le ilgili rivâyetler bağlamında yer verdiği⁵⁷ gibi sahâbe ile ilgili rivâyetler bağlamında da temas eder.⁵⁸ Şeybânî, ribâ hadîsi hakkında ve seferde orucun tutulmasında bir beis olmadığına dair Hz. Peygamber'in sözlü rivâyeti⁵⁹ hakkında da sünnet kavramını kullanmada bir beis

52 Şeybânî, *el-el-Asl*, (thk. Muhammed Boynukalın), Dâru İbn Hazm, Beyrut 1433/2012, IV, 34, 37, IX, 555; *el-el-Hücce 'alâ ehli'l-Medîne*, (thk. Seyyid Hasan el-Keylânî), Âlemü'l-kütüb, y.y., 1403/1983, I, 476.

53 Ahmed b. Hanbel'in fıkıh halkasını yansıtan *Mesâil* adlı eserlerde dahi bu bağlamda birçok ifadenin yer aldığı görülür (Bkz. *Mesâil* (Ebû Dâvud rivâyeti), s. 215, *Mesâilü'l-İmâm Ahmed b. Hanbel* (oğlu Sâlih rivâyeti), ed-Dâru'l-ilmîyye, Delhi/Hindistan 1408/1988, I, 255, 442, III, 3; *Mesâilü'l-İmâm Ahmed b. Hanbel* (oğlu Abdullah rivâyeti), (thk. Züheyr Şâviş), Beyrut 1401/1981, s. 455). Şâfiî'nin de "medati's-sünne" diyerek sünnet ve uygulamanın hangi doğrultuda olduğunu belirttiği yerler bulunmaktadır (*el-el-Ümm*, thk. Rifat Fevzi Abdülmuttalib, Dâru'l-Vefâ, 1422/2001, III, 253, VIII, 443, IX, 208). Ayrıca aşağıda örnek olarak zikrettiğimiz bazı yerlerde görüldüğü üzere Şâfiî, *el-Ümm* adlı eserinin birkaç yerinde Ebû Yusuf gibi âlimlerin bu doğrultuda amel ettiğini vurgulamıştır. Sırf bu tür ifadelerden hareketle birinin amel ehlinde olduğunu iddia etmek ne kadar tutarlı olabilir?

(قَالَ الشَّافِعِيُّ): فَمَضَّتْ بِهَا السَّنَةُ وَعَمِلَ بِهَا غَيْرُ وَاحِدٍ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَلَا يَخْتَلِفُ أَهْلُ

الْعِلْمِ بِبَلَدِنَا عَلِمْنَا فِي إِجَارَتِهَا وَعَوَامُّ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ (٤٤/٥).

لَأَنَّا نَجِدُ مِنْ أَعْلَامِ النَّاسِ مَنْ يُفْعَى بِهِ وَيَعْمَلُ بِهِ وَيُرْوَاهُ (٥١١/٧).

54 İbn Receb, *Şerhu 'İleli't-Tirmizî*, I, 324 vd..

55 Şeybânî, *el-Hücce*, I, 65, 126, 180, II, 108.

56 Şeybânî, *el-Hücce*, I, 7, 33, 35, III, 388. Şeybânî, *el-Asl* adlı eserinde Şa'bî'den aktarılan bilgiyi hadis diye nitelemiştir (II, 220).

57 Şeybânî, *el-Hücce*, II, 620,

58 Şeybânî, *el-Asl*, I, 281.

59 Şeybânî, *el-Hücce*, I, 179, II, 399, II, 620.

görmez.⁶⁰ Ayrıca Şeybânî, hocası Ebû Yusuf gibi İmâm Mâlik'in sünnet anlayışını tenkit eder ve onun hakkında şöyle der:

Bu hadisin hilafına amel edenlerden biri de hadisi rivâyet etmesine rağmen Mâlik b. Enes'tir. Nasıl olur da onlar, ashâb-ı âsâr (hadîs ehli) olarak kabul edilirler.⁶¹ Onlar göz göre göre rivâyet ettikleri hadîslerle amel etmiyorlar... Bu hususta eserlerle (hadîslerle) amel etmeyi bırakıp eser ve sünnetin olmadığı doğrultuda canlarının istediği şeyle amel ediyorlar.⁶²

Medine ehlinin, hadîse uygun hareket ettiğini savunanlara şaşarım. Onlar, rivâyet ettikleri hadîsleri göz göre göre terk edip hadîsle amel etmiyorlar.⁶³

Şeybânî'nin, Hicazlıları hadîs ehli olarak ele alması ve onlar hakkında "ashâb-ı âsâr" ifadesini kullanması büyük önemi haizdir. Böylece hicrî ikinci asırda ehl-i re'y ve ehl-i hadîs kavramları pek kullanılmamış olsa da Medinelilerin, ehl-i hadîs olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Şeybânî, hocası Ebû Yusuf gibi fikhî konuların yerel amelle değil hadîslerle temellendirilmesi gerektiğini ve Medine amelinin, sünnete aykırı olabildiğini açıkça belirtir. Ayrıca Medinelileri tenkit ederken eserlerin/rivâyetlerin bulunduğu yerlerde kıyâsa başvurulmaması gerektiğini ve bu durumda ancak hadîslere tabi olunacağını ifade eder.⁶⁴

Başka bir yerde Şeybânî, hocası Ebû Yusuf gibi Medine ameli özelinde hiçbir yerel uygulamanın bağlayıcı olamayacağını belirtir ve Medine ameline atıfta bulunarak konuları temellendiren İmâm Mâlik'i şöyle tenkit eder:

60 Ayrıca bkz. Özafşar, *Hadisi Yeniden Düşünmek*, s. 86-87; Özşenel, *Ehl-i re'y ve Ehl-i Hadis Yaklaşımları*, s. 145.

61 Schacht, Medine'nin sünnetin gerçek yurdu olduğuna dair anlayışın hicrî üçüncü asrın başlarında kurgulandığını iddia eder (Schacht, "Hadislerin Yeniden Değerlendirilmesi", s. 136). Hâlbuki Şeybânî'nin ifadelerinde dahi ilgili dönemde böyle bir algının olduğu anlaşılmaktadır.

62 Şeybânî, *el-Hücce*, I, 222.

63 Şeybânî, *el-Hücce*, I, 68.

64 Şeybânî, *el-Hücce*, I, 204. Şeybânî'nin, hadîslerin ve âsârın bulunduğu yerde kıyâsa başvurulmaması gerektiğine dair açık ifadesi:

وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحُسَيْنِ لَوْ لَا مَا جَاءَ مِنَ الْأَثَارِ كَانَ الْقِيَاسُ عَلَى مَا قَالَ أَهْلُ الْمَدِينَةِ وَلَكِنْ لَا قِيَاسَ مَعَ أَثَرٍ وَكَيْسَ يَنْبَغِي إِلَّا أَنْ يَتَقَادَ لِلْأَثَارِ
(الحجة على أهل المدينة، ٢٠٤/١)

ve dedi ki: "Medine ehli'nin sünnetin gerçek yurdu olduğuna dair anlayışın hicrî üçüncü asrın başlarında kurgulandığını iddia eder (Schacht, "Hadislerin Yeniden Değerlendirilmesi", s. 136). Hâlbuki Şeybânî'nin ifadelerinde dahi ilgili dönemde böyle bir algının olduğu anlaşılmaktadır."

قال: هما في القياس سواء، غير أنه جاء في المنى أثر، فأخذنا به (الأصل، ٤٧/١).

فأخذنا في النفس بالأثر، وأخذنا في اليد وفيها دون النفس بالقياس والأثر عن إبراهيم النخعي (الأصل، ٣٣٣/٨).

فأخذنا فيها بما جاء به الآثار، وأخذنا فيها سواهما بالقياس، فلم نجز من ذلك شيئاً.

Bu hususta Hz. Peygamber'den veya ashâbından aktardığın bir eser (rivâyet) var mıdır? Eğer böyle bir delil olsaydı aleyhimizde kullanırdınız. Fakat “bizde amel/uygulama budur” sözünüz bir şey ifade etmemektedir.⁶⁵

Hâsılı doğrudan Şeybânî'nin eserlerinde bulunan bu tür ifadeler ve özellikle *Hücce* adlı eserinde sergilediği yöntem Şeybânî'nin, sünneti hadislerle tespit ettiği ve böyle tespit edilmesi gerektiğine inandığı, ayrıca aktarılan fiili ve sözlü rivâyetleri de sünnet kavramı altında ele aldığı anlaşılmaktadır. Fakat genel itibariyle hocası Ebû Yusuf gibi düşünse de Şeybânî'nin, haber-i vâhid hususunda farklı bazı açıklamalara da temas ettiği görülür. Nitekim Ebû Yusuf, ferd/garîb hadîsi şaz olarak değerlendirip toptan reddedilmesi gerektiğine dair ifadeler yer verirken⁶⁶ Şeybânî ferd hadîsin kabul edileceğini belirtir.⁶⁷ Ayrıca Ebû Yusuf, ferd hadîsin kabul edilmeyeceğini tespit sadedinde Hz. Ömer'in uygulamasına atıfta bulunurken⁶⁸ Şeybânî, Hz. Ömer başta olmak üzere ferd hadîsin kabul edilmeyeceğine dair sahâbe uygulamalarının ihtiyattan kaynaklandığını, yoksa sahâbenin ferd hadîsi kabul ettiğini söyler ve konuyu delillerle temellendirmeye çalışır.⁶⁹ Özellikle ferd hadîsin kabulü hususunda Şeybânî tarafından dile getirilen delillerin ve açıklamaların daha gelişmiş şekilde İmâm Şâfiî'nin eserlerinde yer almış olması üzerinde durulması gereken önemli bir husustur.⁷⁰

Şeybânî ve Ebû Yusuf'un eserlerinde sünnet ve hadîsin, meşhur, müstefiz veya ma'rûf diye nitelendirildiği ve onların, özellikle bu tür hadîslere ittiba edilmesi-

65 Şeybânî, *el-Hücce*, II, 622.

66 Ebû Yusuf, *Kitâbü'r-Red 'alâ Siyeri'l-Evzâ'i*, s. 41.

67 Şeybânî, *el-Asl*, II, 201, 246 vd.

68 Ebû Yusuf, *Kitâbü'r-Red 'alâ Siyeri'l-Evzâ'i*, s. 30-31.

69 İmâm Muhammed, tek isnâdla aktarılan hadîsi kabul eder ve bunun da ötesinde garîb hadîsi savunmak için birçok örnek sunar. Nitekim Hz. Ebû Bekr'in Muğire hadîsi için ve Hz. Ömer'in, Ebû Musa'nın hadîsi için şahid istediğine dair rivâyetlerden sonra “İhtiyat için böyle yaptılar, yoksa birinin rivâyeti yeterlidir” der. Bu görüşünü desteklemek için Hz. Ömer'in Abdurrahman b. Avf'tan gelen Mecûsilerden cizye alınabileceğine dair hadîsi kabul ettiğini, taûn hastalığı ile alâkalı Abdurrahman'ın hadîsini, Dahhâk b. Süfyân'ın hadîsini, Hz. Peygamber'in Dihyetu'l-Kelbi'yi Kayser'e elçi olarak gönderdiğini, Hz. Ali'nin “Hz. Peygamber'den duymadığım hususlarda biri hadîs rivâyet ederse yemin ettirim; fakat Ebû Bekr bir şey aktarırsa o doğru söylemiştir” sözünü delil olarak öne sürer ve sonunda “bu hususların hepsinde bir müslümanın dediği kabul edilmiştir” ifadesine yer verir. Ayrıca içkinin haram olduğunu bildiren bir kişinin haberi istikametinde Ebû Talha'nın, Hz. Enes'e kalkıp içki kaplarını kırmasını söylediğini, onun da kıldığını aktarmakta ve “bu hususta deliller çoktur” diyerek bu delillerle iktifa ettiğini belirtmektedir. Akabinde bir arabının hilali gördüğünü ve Hz. Peygamber'in bunu hüccet olarak kabul ettiğini ve “bundan anlaşıldığına göre tek kişinin şehâdeti, dini hususlarda caizdir” demektedir. Bu delillerin birçoğunun, Şâfiî'nin haber teroisi çerçevesinde öne sürdüğü deliller arasında da geçmiş olması büyük önem arz etmektedir (Şeybânî, *el-Asl*, II, 246-247, 201; Koçinkağ, *İlk Dönemde Sünnet ve Haber-i Vâhidle İlgili Tartışmalar*, MÜSBE, İstanbul 2011, s. 74-75).

70 Şâfiî, *er-er-Risâle*, (thk. Ahmed M. Şakir), Kâhire 1426/2005, s. 438 vd.; Ayrıca bkz. Buhârî, “Ahbârü'l-âhâd”, 1-6.

ni tavsiye ettikleri görülür. Fakat hadislerin kabulü bağlamında bunu şart olarak öne sürdüklerini iddia etmek pek kolay değildir. Nitekim eserlerinde meşhur gibi ahâd haberleri de hüccet kabul ettikleri müşahede edilir.⁷¹ Bazı araştırmacılar, bu tür ifadelerin (meşhûr, mustefiz, ma'rûf) İmâm Ebû Hanîfe'nin ashâbı döneminden itibaren terimleşmiş anlamda kullanıldığını iddia ederken, bazıları sözlük anlamıyla ve kendi bölgelerinde yaygın olan rivâyetler anlamına geldiğini belirtmiştir. İkinci asırdan itibaren terimleşmiş anlamda kullanıldığını savunanlar, Şeybânî'nin, "Hz. Peygamber'den geldiğine dair şüphe bulunmayan ve her bölgede Müslümanların uygulayageldikleri hadis"⁷² şeklindeki açıklamasıyla temellendirmeye çalışmışlardır.⁷³

Şeybânî'nin, bu açıklamaları "görme muhayyerliği" bağlamında aktarılan rivâyet hakkında kullandığı görülmekte ve bu muhayyerliğin, İmâm Şâfiî başta olmak üzere pek çok hukukçu tarafından kabul görmediği bilinmektedir.⁷⁴ Dolayısıyla Hanefî geleneğinde meşhur denen rivâyetlerin, üzerinde icmâ sağlanmış meseleler olduğu iddia edilse de⁷⁵ bunun gerçeği her zaman yansıtmadığı söylenebilir. Zira Şeybânî'nin, bazen hadîse veya sünnete meşhur dediği, fakat yukarıda geçtiği gibi aynı konuda pek çok âlimin farklı kanaatte olduğu müşahede edilir.⁷⁶ Bunun da ötesinde yağmur namazı hususunda İmâm Ebû Hanîfe, şâz bir rivâyetin haricinde bir delil olmadığını iddia ederken Şeybânî, Hz. Peygamber ve

71 Hanefî usûlcüler, hadîsi; mütevâtir, meşhur ve haber-i vâhid diye üçe ayırır, meşhûru da sahâbe neslinde ahâd olan, tâbiîn veya etbâ-i tâbiîn döneminde mütevâtir seviyesine ulaşan cemaat haberleri şeklinde tanımlarlar. Müttekellimûn ve diğer usûlcüler ise haberi, kesin bilgi ifade edip etmeme şeklinde ikiye ayırır, kesin bilgi ifade eden habere mütevâtir, meşhur da dâhil olmak üzere kesin bilgi ifade etmeyen haberlere ise haber-i vâhid ifadesini kullanırlar. Bedir, meşhur haberin kesin bilgi ifade edip etmemesi açısından İsa b. Ebân ve Cessâs arasındaki ihtilafa değindikten sonra "meşhur haber kategorisi, tam olarak mütevâtir ve ahâd sınıfına dâhil edilemez bir haberdir" demiş ve Debûsî'nin "tume'nine" ifadesine dikkat çekmiştir (*Fıkıh, Mezhep ve Sünnet (Hanefî Fıkıh Teorisinde Peygamber'in Otoritesi)*, Ensar Neşriyat, İstanbul 2004, s. 158). Meşhur haber, temelde mütevâtir seviyesine ulaşmayan zannî haberler kategorisine girse de bazı meşhur haberlerin üzerinde icmâ gerçekleştiğinden mütevâtir haber gibi kesin bilgi ifade etmesi söz konusudur. Dolayısıyla bu tür haberleri mütevâtir değil de üzerinde icmâ gerçekleşen haber-i vâhid (telakkathü'l-el-Ümmetü bi'l-kabûl) kategorisinde ele almak daha uygun gözükmektedir.

72 Şeybânî, *el-Hüccce*, II, 671-672. Metnin orijinal ifadesi

وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحُسَيْنِ حَدِيثُ الْمُعْرُوفِ الَّذِي لَا يَشْكُ فِيهِ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَعَلَيْهِ أُمُورُ الْمُسْلِمِينَ إِلَى يَوْمِهِمْ هَذَا فِي الْإِفَاقِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ مَنْ اشْتَرَى سَبِيئًا وَلَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَأَاهُ

73 Yargı, *Meşhur Sünnetin Dindeki Yeri*, Ensar, İstanbul 2009, s. 57. Meşhûr sünnet için ayrıca bkz. Apaydın, Yunus, "Meşhur", *DİA*, İstanbul 2004, XXIX, s. 368-371.

74 Nitekim görme muhayyerliğini kabul etmeyenlerin başında Şâfiî ve ashâbı gelmektedir. Şâfiî, *el-Ümm* adlı eserinin birçok yerinde görme muhayyerliğini kabul etmediğini açıkça ifade eder (*el-Ümm* IV, 6, 73, 153).

75 Yargı, *Meşhur Sünnetin Dindeki Yeri*, 47.

76 Şeybânî, *el-Hüccce*, I, 359, III, 1, IV, 351.

İbn Abbâs'ın yağmur namazı kıldığına dair rivâyetlere yer vererek “bu hususta ancak meşhur eser ve sünnete tabi olunur” diyerek yağmur namazının olduğunu savunur.⁷⁷ Bu bilgi, onun sünneti neyle tespit ettiği ve sünnet denilen hususlarda öğrenci ve hoca arasında dahi ihtilâfın mümkün olduğunu ve sünnet kavramının, “icmâ edilen tatbikat” gibi ifadelerle nitelenmesinin doğru olmadığını göstermesi açısından büyük önem arz etmektedir. Nitekim yine *Asl*'in bir başka yerinde İmâm Ebû Hanîfê'ye göre savaşa atıyla katılan kişiye iki pay verileceği, fakat Ebû Yusuf ve Şeybânî'ye göre kendisi için bir, atı için iki pay verileceği ve akabinde “na’huzu bi'l-hadîs ve’s-sünne” denilerek Sâhibeyn'in, hadîs ve sünnete dayanarak hocalarına muhâlefet ettiği ifade edilmektedir.⁷⁸

4. İMÂM ŞÂFÎ'NİN HADÎS VE SÜNNET ANLAYIŞI

Medinelilerin ve Kûfelilerin hadîs ve sünnet anlayışlarına kısaca temas ettikten sonra her iki ekolü yakından tanıyan İmâm Şâfî'nin (v. 204/820), sünnet ve hadîs kavramını hangi bağlamda kullandığına geçebiliriz. Şâfî, sünnet kavramını bazen tek başına, bazen de Hz. Peygamber'e izâfe ederek Hz. Peygamber'in sözü ve uygulaması,⁷⁹ hadîs kavramını da Hz. Peygamber'den aktarılan rivâyetler hakkında⁸⁰ kullanmaya özen gösterir. Bazen hadîs kelimesini, isnâdında bulunan sahâbeye, tâbiüne veya etbâ-i tâbiüne izafe ederek kullanmakta,⁸¹ fakat buralarda da genel itibarıyla Hz. Peygamber'den yapılan rivâyetleri kastetmektedir. Eser kelimesini ise Hz. Peygamber'den aktarılan rivâyetler hakkında nadiren kullansa⁸² da genel itibarıyla sahâbe ve tâbiîn uygulaması için kullandığı görülür.⁸³ Hâsılı İmâm Şâfî'nin, seleflerinden farklı olarak “sünnet” kavramını, Hz. Peygamber'den sahih şekilde aktarılan hukukî söz ve uygulamalar bağlamında, “hadîs”i yaygın şekilde merfû rivâyetler, “eser”i ise mevkûf ve maktû rivâyetler için kullanmaya gayret ettiği söylenebilir.⁸⁴

Dikkatli incelendiğinde İmâm Şâfî'nin, hadîs ve sünnet anlayışını İmâm Mâlik karşıtlığı üzerinden temellendirdiği ve bu hususta Mâlik'ten ziyade Kûfe fukahâsına

77 Şeybânî, *el-Asl*, I, 450.

78 Şeybânî, *el-Asl*, VII, 528.

79 Şâfî, *el-Ümm*, III, 253, 660, IV, 34, 112, 204, 226.

80 Şâfî, *el-Ümm*, II, 6, 621, III, 599, VI, 273; ayrıca bkz. Zerkeşi, *en-Nüket alâ Mukaddimeti İbn Salâh*, (thk. Zeynelâbidin b. Muhammed), Riyad 1419/1998, I, 417.

81 Şâfî, *el-Ümm*, II, 92, 136, 137, 198, 283, 413, IV, 54, 445, 449, III, 411, 580, IV, 22, V, 309.

82 Şâfî, *el-Ümm*, V, 625.

83 Şâfî, *el-Ümm*, II, 621, III, 417, VI, 273, 279, VII, 346, 348, VIII, 94.

84 Şâfî, *el-Ümm*, III, 253, 660, IV, 34, 112, 204, 226. Şâfî'nin kadim görüşüne göre sahâbeyle ilgili uygulamalar bağlayıcıdır, fakat cedid kavline göre görüşünün değişip değişmediği ihtilâftır.

yakın durduğu görülecektir. Nitekim Ebû Yusuf ve Şeybânî gibi İmâm Şâfiî'nin de İmâm Mâlik'in sünnet anlayışını tenkit ettiği ve bazen neredeyse aynı ifadeleri kullandığı müşahede edilir. Nitekim bir sözünde “Mâlik, es-sünnetü bi-beledinâ kezâ (memleketimizde sünnet böyledir) veya es-sünnetü ‘indenâ (bizde sünnet) terimlerini kullanınca Süleyman b. Bilal'in uygulamasını kastederdi. Süleyman ise pazar arifi (görevlisi) idi.”⁸⁵ diyerek Ebû Yusuf'un daha önce geçen “galiba bu sünnet dedikleri şey, pazar görevlisi veya herhangi bir hususta bulunan görevlinin uygulamasına dayanmaktadır” ifadesiyle⁸⁶ aynı noktada buluşmaktadır.

Şeybânî'nin daha önce geçen ifadelerine yakın bir biçimde İmâm Şâfiî de İmâm Mâlik'in rivâyet ettiği hadislerle amel etmediğini iddia etmekte ve bu hususta şu ifadelerle yer vermektedir:

Bu kitapta (*Muvatta'da*) Hz. Peygamber'den sahih olarak sâbit olan bir hadis ile Hz. Ömer'den gelen iki hadisi rivâyet edip sonra da hepsine muhalefet etmekte-siniz. Bu rivâyetlerin her biri için halka “böyle hüküm verilmez” ve “amel böyle değildir” demektesiniz. Bildiğim kadarıyla bu hususta bunların hepsine veya birine muhâlif bir şey rivâyet etmemektesiniz. Hz. Peygamber'in sünnetine muhâlefet etmene sebep olan bu amel kimin amelidir? Aslında bu bahsettiğiniz uygulama, reddedilen bir amel olmalıydı.⁸⁷

İmâm Şâfiî (v. 204/820), bir hadisle istidlal edilebilmesi için “ma‘mulün bih” şartını öne sürmenin de tutarsız olduğunu, zira Hz. Peygamber'in vefatını müteakip bazı hadislerle amel edilmediğini, fakat bir müddet sonra başkaları vasıtasıyla muttali olunan rivâyetlerle amel edildiğini belirterek böyle bir prensibin tutarlı olamayacağını ifade eder.⁸⁸ Ancak üzerinde durulması gereken husus, Şâfiî'nin, ahkâm-ı şer‘iyyede farklı sonuçlara ulaşmak için mi, yoksa tutarlı bir usul anlayışını tesis etmek için mi bu tür açıklamalara yer verdiğidir. Zira furû-ı fıkıh eserlerinde, Şâfiî dönemine kadar kendisiyle amel edilmeyen ve ilk defa İmâm Şâfiî vasıtasıyla amele konu olmuş bir hadis tespit edilemediği müddetçe ilgili açıklama-

85 Cessâs, Ahmed b. Ali Ebû Bekr er-Râzî, *el-el-Fusûl fî'l-usûl*, Vizâretü'l-evfâk el-Kuveytiyye 1414/1994, III, 198; Serahsî, Şemsu'l-eimme Muhammed b. Ahmed, *el-el-Usûl*, Dâru'l-marife, Beyrut t.y., I, 380.

86 Ebû Yusuf, *Kitâbü'r-Red 'alâ Siyeri'l-Evzâ'i*, s. 11,

87 Şâfiî, *el-Ümm*, VIII, 240. Şâfiî, ayrıca Kûfelilerin eleştirilerine paralel olarak hocası Mâlik'i şöyle tenkit etmiştir: “Bu güne kadar amelden ne kastettiğini öğrenemedik, galiba hayatımız boyunca da öğrenemeyeceğiz. Allah daha iyi bilir.” (Şâfiî, *el-Ümm*, VIII, 640). “Amelden ne kastettiğinizi biz anlamadık, siz de amelden ne kastettiğinizi bilmiyorsunuz. Benim vardığım sonuç, siz kendi görüşlerinizi icmâ ve amel diye isimlendirmektesiniz. Bundan başka bir çıkış yolu göremiyorum. Sizin ‘bu hususta icmâ vardır’ ve ‘amel böyledir’ sözünüzden kastınız kendi görüşlerinizdir”. (Şâfiî, *el-Ümm*, VIII, 739).

88 Şâfiî, *er-Risâle*, s. 432-436, 448; *Cimâ'u'l-ilm*, (thk. Ahmed M. Şâkir), Meketebetü İbn Teymiyye, t.y., s. 91

ların inşâ fonksiyonu taşımadığını, sadece tutarlı bir usûl anlayışını ortaya koyma amacıyla sarf edildiğini düşünmemiz gerekir.⁸⁹ Dolayısıyla inşâ fonksiyonu olan açıklamalar ile tutarlı bir usûl geliştirmek için sarfedilen açıklamaları birbirinden temyiz etmek daha sağlıklı sonuçlara ulaşmamıza neden olacaktır.

Hâsılı hicrî ikinci asırda yaşayan âlimlerin genelinin, hadis kavramını haber, eser ve rivâyetle eşanlımlı şekilde merfû, mevkûf ve maktû rivâyetler hakkında kullandığı,⁹⁰ sünnet kavramı hususunda ise hicrî ikinci asrın ortalarında temelde iki farklı anlayışın olduğu, birinin Medineli fukahâyâ, diğerinin ise Kûfelilere ait olduğu anlaşılmaktadır.⁹¹ Medineli fakihler, Hz. Peygamber başta olmak üzere sahâbenin Medine'de yaşamasından hareketle Medine'de yerleşmiş amel ve uygulamaların İslam hukuku açısından büyük önem arz ettiğini, sünnetin de genel itibarıyla bu uygulamalardan hareketle tespit edileceğini ve ona muhalefet etmenin caiz olmadığını savunmuş, dolayısıyla pek çok yerde onu icmâ kavramıyla karşılamışlardır.⁹² Kûfeliler ise bu sünnet anlayışını temelde kabul etmeyip amele dair vurguların da İslam hukuku açısından tek başına bir anlam ifade etmediğini dile getirmişlerdir. Özellikle Ebû Yusuf ve Şeybânî'nin İmâm Mâlik'e yönelttiği eleş-

89 Bu bağlamda Şâfiî'nin *İhtilâfu Mâlik veş-Şâfiî* adlı eseri akla gelebilir. Zira Şâfiî, bu eserde rivâyetlere ittiba etmediğinden Mâlik'i tenkit etmektedir. Zira ilk bölümde Mâlik'le hemfikir olduğu bazı meselelere, ikinci bölümde 39 konuda merfû hadise, üçüncü bölümde ise 86 konuda mevkûf hadise uymamakla Mâlik'i tenkit etmiştir (Şâfiî, *İhtilâfu Mâlik veş-Şâfiî*, (trc. İshak Emin Aktepe), İz Yayıncılık, İstanbul 2010; ayrıca bkz. Arangül, Muammer, İmâm Şâfiî'nin *İhtilâfu Mâlik veş-Şâfiî Adlı Eseri Çerçevesinde İmâm Malik Eleştirisi*, MÜSBE, İstanbul 2009). Bizim burada vurgulamaya çalıştığımız belli bir bölgenin ameli değil, hiçbir bölgede amele konu olmamış, yani kendisiyle amel edilmemiş bir rivâyetin iki asır sonra Şâfiî tarafından amele konu edilmesidir.

90 Hadis kavramının haberden farklı olduğu, zira hadisin sadece Hz. Peygamber'e ait haberler için kullanıldığı belirtilmiştir (Yücel, *Hadis Usulü*, İFAV, İstanbul 2012, s. 42). Hadis kavramını bu şekilde kullanmaya gayret edenler olmakla beraber, yaptığımız incelemelerde Mâlik, Ebû Yusuf ve Şeybânî'nin eserlerinde hadisin Hz. Peygamber'e özgü haberler için kullanıldığına dair bir sonuca ulaşamadık, aksine hicrî ikinci asırda kaleme alınmış metinlerde mevkûf ve maktû rivâyetlerin de bu şekilde nitelendirildiğine dair onlarca örnek bulunmaktadır. Görebildiğimiz kadarıyla müteahhürün hadis usulü eserlerinde de bu doğrultuda bir ayırım söz konusu değildir. Zira muhaddislerin cumhura göre hadis, merfû için kullanıldığı gibi, mevkûf ve maktû rivâyetler için de kullanılmaktadır. Nitekim İbn Hacer, *Nüzhetü'n-nazar* adlı eserinde hadis ilminde hadis ve haberin eşanlımlı olduğunu açıkça belirtir. Ayrıca Süyûtî ve İbn Hacer hadisi, merfû rivâyetlere hasreden görüşün zayıf olduğunu vurgular. (İbn Hacer, *Nüzhetü'n-nazar fî tevâlihi Nuhbeti'l-fiker fî mustalahi ehli'l-eser*, (thk. Abdullah b. Dayfullâh), Riyâd 1422; *Tedribü'r-râvi*, (thk. M. Eymen), Dâru'l-hadis, Kâhire 2002, s. 27;) Nüreddîn İtr da hadisi, merfû rivâyetlere hasreden görüşün Kirmânî ve benzeri bazı âlimlere ait olduğunu, cumhura göre hadis ve haberin eşanlımlı olduğunu belirtir (*Menhecü'n-nakd fî ulümü'l-hadis*, Dâru'l-Fikr, Dımaşk 1418/1997, s. 27)

91 Aynı dönemde yaşayan Evzâî'nin sünnet anlayışı Mâlik'e daha yakın iken, Leys b. Sa'd'ın sünnet anlayışı Kûfelilerinkine daha yakındır. Leys'in açıkça Medine amelini tenkit ettiği bilinmesine rağmen, Evzâî'nin Medine amelini hüccet kabul edip etmediği net değildir. Ebû Yusuf, Evzâî'yi tenkit ederken onun amel anlayışını Hicazlılara benzetmiş olsa da, bu tür polemik ifadelerden hareketle sağlıklı sonuçlara ulaşmak pek kolay değildir.

92 Konuyla ilgili bkz. Özkan, *Hicrî İlk İki Asır'da Farklı Şehirlerde Amel Telakkisi*, s. 163, 262 vd..

tirilerden anlaşılacağı üzere onlara göre sünnet, Medine amelîyle değil, özellikle sika, ehil râvîler ve fakîhler vasıtasıyla aktarılan sahih hadîslerle tespit edilmesi gerekir. Ayrıca bazı eserlerde, umûmu'l-belvâ ve fıkhü'r-râvî gibi prensiplere sıkça temas edilse de bu prensiplerin sonradan tespit edildiği iddia edilmiştir.⁹³ Hanefî usûlcülerin de bu konuda ihtilaf etmiş olması, en azından bu konuda eimme-i selâseden net bir açıklamanın aktarılmadığını göstermektedir.⁹⁴ Her iki mezhebin kurucusundan sonra gelen İmâm Şâfiî, temelde Kûfelilerin sünnet anlayışına yakın durmuş, onlar gibi sünnetin sika ve muttasıl şekilde aktarılan sahih hadîslerle tespit edileceğini savunmuş, fakat sahâbenin söz ve fiillerinin sünnet kavramı altında ele alınıp alınmayacağı gibi nisbeten detay kabul edilecek bazı hususlarda onlardan ayrılıp ayrılmadığı tartışılmalıdır.⁹⁵

İraklılar ile Medinelilerin, hukukî nitelikli hadîslerle karşı tutumlarının aynı olup Şâfiî'ninkinden büyük oranda farklı olduğu ve eski hukuk mekteplerinde sünnet pratiklerle ilgili iken, İmâm Şâfiî ile beraber nebevî hadîslerle indirgenildiği iddia edilmiştir.⁹⁶ Bu iddianın, biraz değişime uğrayarak pek çok modern araştırmada yer aldığı görülür.⁹⁷ Bu iddia, temelde İmâm Şâfiî'nin her iki okulu Hz.

93 Söz konusu şartların İmâm Ebû Hanîfe'ye aidiyeti için bkz. Yiğit, Metin, *İlk Dönem Hanefî Kaynaklarına Göre Ebû Hanîfe'nin el-Usûl Anlayışında Sünnet*, Ankara 2007.

94 Bu bağlamda özellikle Ebû Hureyre söz konusu edilmekte, hâlbuki bu görüş, İmâm Ebû Hanîfe'nin sarîh sözleriyle dahi çelişmektedir. Ayrıca Hanefîlerden Kerhî, Abdülaziz el-Buhârî ve Dihlevî'nin belirttiğine göre bu görüş, İmâm Ebû Hanîfe'nin değil, Hanefî mezhebinin haber teorisyeni İsa b. Ebân'a aittir (Abdulaziz el-Buhârî, *Keşfu'l-esrâr 'an usûli Fahri'l-İslâm el-Bezdevî*, (thk. Abdullah Mahmud), Beyrut 1418/1997, II, 558; Dihlevî, Şah Veliyyullah, *el-İnsâf fi beyâni esbâbi'l-ihtilâf*, (thk. Abdülfettah Ebû Gudde), Beyrut 1404/1983, s. 91; Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 326, ayrıca bkz. Cessâs, *el-Fusûl*, III, 113; Pezdevî, *Kenzü'l-vüsûl ilâ ma'rifeti'l-usûl*, (nşr. Matbaatu Câvid/Karâci), t.y., s. 173; Serahsî, *el-Usûl*, I, 364, 368). Abdülaziz el-Buhârî (ö. 730/1330), umûmu belvâ şartını Kerhî'ye (ö. 340/952) ve müteahhirün dönemi âlimlere nisbet etmektedir (Abdulaziz el-Buhârî, *Keşfu'l-esrâr*, III, 24). Cüveynî de bu görüşün mutekaddimün dönemi âlimlerden aktarılmadığını, sadece Kerhî ve muteahhirin Hanefîlerden aktarıldığını belirtmektedir (Cüveynî, Abdumelik b. Abdullah b. Yûsuf Ebu'l-Me'âli, *Kitâbu'l-Telhis fi usûli'l-fikh*, (thk. Abdullah ve Beşir Ahmed), 1417-1996 II, 431.

95 Zerkeşî, *el-Bahru'l-muhîf fi usûli'l-fikh*, Vizaretü'l-Evkaf veş-Şuuni'l-İslamiyye, Kuveyt 1413/1992, IV, 358 vd..

96 Schacht, Schacht, Joseph, *The Origins of Muhammadan Jurisprudence*, Oxford University Press, London 1967 (ilk baskısı 1950), s. 21; Schacht, "Eski Hukuk Mekteplerinde Hadisler", (trc. Selahaddin Eroğlu), *AÜİFD*, XXVIII (1986), s. 143; Azamî, Mustafa, *İslam Fıkhı ve Sünnet*, (Çev. Mustafa Ertürk), İz Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 108.

97 Fazlurrahman, *Tarih Boyunca İslami Metodoloji Sorunu*, Ankara Okulu, (Çev. Salih Akdemir), 1997, s. 23 vd.; Özafşar, M. Emin, *Hadisi Yeniden Düşünmek*, s. 89-90. Yücel, Ahmet, *Hadis el-Usûlü* eserinde bu anlayışı net şekilde ortaya koyacak şekilde "ehl-i re'y ve ehl-i amelin yaklaşımı" ve "ehl-i hadis ve İmâm Şâfiî'nin yaklaşımı" şeklinde alt-başlıklarda meseleyi ele almıştır. Birinci alt-başlıkta sünnet kavramını ele alırken -birçok araştırmacı gibi- ehl-i re'ye göre mevkûf ve maktû rivâyetlerle de sünnetin tespit edileceğini özellikle vurgulamaktadır (*Hadis Usulü*, İFAV, İstanbul 2012, s. 39-41). Aktepe de birçok çalışmada aynı anlayışı devam ettirmektedir (Aktepe, İshak Emin, *Erken Dönem İslam Hukukçularının Sünnet Anlayışı*, İnsan Yayınları, İstanbul 2008, s. 233; "Ebû Hanîfe ve Ehl-i Hadîsin Sünnet Anlayışlarındaki Temel

Peygamber'in hadisleri bağlamında eleştirmesiyle ve Şâfiî öncesinde kaleme alınan eserlerde (*Muvatta* ve *Âsâr*) mevkûf ve maktû rivâyetlerin fazla yer almasıyla temellendirilmeye çalışılır.⁹⁸

Öncelikle Medineliler, nasıl Kûfelileri hadîse uymamakla tenkit etmişlerse Kûfeliler de aynı konuda onları eleştirmişlerdir. İmâm Şâfiî, nasıl her iki mezhebi bu bağlamda eleştiriyorsa, onun da aynı sebepten dolayı eleştirildiği ve bu hususta eserlerin kaleme alındığı görülür.⁹⁹ Diğer bir ifadeyle hadîse veya sünnete tâbi olmadığından dolayı eleştirilmeyen ve tenkit edilmeyen bir hukukçu tespit etmek pek kolay değildir.¹⁰⁰ Zira pek çok konuda muhâlif rivâyetler bulunduğundan dolayı bütün rivâyetlerle amel etmek de çok zordur. *er-Redd 'alâ Siyeri'l-Evzâi* ve *el-Hücce 'alâ ehli'l-Medine* gibi eserler incelendiğinde Ebû Yusuf'un ve Şeybânî'nin, İmâm Şâfiî'den çok daha önce İmâm Mâlik'i aynı nedenlerden dolayı eleştirdikleri görülecektir.

İkincisi eserlerin içinde mevkûf ve maktû rivâyetlerin merfû rivâyetlere göre daha baskın olması, dönemin yaygın anlayışının bir tezâhürüdür. Zira mezkûr dönemde muhaddisler tarafından kaleme alınan eserlerde de bu anlayışın baskın olduğu görülür. Nitekim İbn Ebî Arûbe'nin (v. 157/773) *Menâsik*, Süfyân es-

Farklar", *İHAD*, sy. 19, 2012, s. 115-130). Mezkûr araştırmacılara göre sünnetin sadece merfû rivâyetlerle tespit edilmesi bir nevi lafızcılık veya re'y karşıtlığı demektir. Hâlbuki merfû ve mevkûf rivâyetlerle sünneti tespit edenlerle, sadece merfû rivâyetlerle sünnetin tespit edileceğini savunup mevkûf ve maktû rivâyetler yerine kıyâsa/re'ye başvurmayı savunan kişiler arasında mukayese yapılacaksa ikincisinin re'y ehli olarak isimlendirilmesi daha uygun olacaktır. Zira İmâm Mâlik, İmâm Ebû Hanîfe ve İmâm Ahmed b. Hanbel'e göre mevkûf rivâyetler hüccet kabul edildiğinden dolayı ictihad etmeye gerek yoktur. Fakat Şâfiî'ye göre mevkûf hadisler hüccet kabul edilmediğinden ictihada/re'ye başvurulması gerekmektedir. Ayrıca böyle bir noktadan hareket edilmesi durumunda Ahmed b. Hanbel gibi ehl-i hadîs İmâmîlarının da ehl-i re'y olarak nitelendirilmesi gerekir. Zira kendisi de İmâm Ebû Hanîfe gibi sünnetin sahâbe uygulamalarıyla tespit edileceğini savunur. Sonuç olarak sünnetin kapsamının ne olduğu veya sünnetin nasıl tespit edileceğinden hareketle ehl-i re'y ve ehl-i hadîs arasında bir ayrıma gitmenin doğru ve sağlıklı sonuçlar doğurmayacağı söylenebilir.

98 Schacht, *The Origins*, s. 21-22.

99 Özellikle Mâlikî çevrelerce kaleme alınan ve pek çoğu günümüze ulaşmayan bu tür eserlerde furû-ı fıkıh bağlamında Şâfiî'nin hadis ve sünnete aykırı hareket ettiği belirtilmektedir. Nitekim günümüze ulaşan İbn Lebbâd'ın eseri ve bir kısmı günümüze ulaşan Yahya b. Ömer el-Kinânî'nin eseri bunu net şekilde ortaya koymaktadır. İbn Lebbâd, pek çok alt başlığa "hanginiz hadîse daha çok tabi olmaktadır?" diye başlamıştır (Detaylı bilgi için bkz. Ebû Bekr Muhammed b. Lebbâd, *Kitâbü'r-redâ 'alâ Şâfiî*, (thk. Abdülmecid), Tunus 1406/1986, s. 149-152.

100 Bazı araştırmacılar, Şâfiî'nin Hanefî ve Mâlikîlere karşı hadîsi müdafaa ettiğinden hareketle konuyu temellendirmeye çalışsalar da (Aktepe, İshak Emin, "İmam Şâfiî'nin Ehl-i Kelam ve Mâlikîlere Karşı Hadis Savunusu", *HTD*, VI/1, 2008, s. 111-133) bunun da tam anlamıyla gerçeği yansıtmadığı kanaatindeyiz. Öyle ki bu kriter çerçevesinde, Şeybânî'nin *el-Hücce 'alâ ehli'l-Medine* ve Ebû Yusuf'un *Kitâbü'r-Red 'alâ Siyeri'l-Evzâ'i* adlı eserleri merkeze alındığında, Mâlikî'ye nisbeten onların, ehl-i hadîs olarak anılmayı daha layık olduğu söylenebilir. Ayrıca klasik eserler iyi incelendiğinde, Şâfiî'nin de hadis ve sünnete uygun hareket etmediğine dair müstakil eserler dâhil olmak üzere pek çok reddiyenin kaleme alındığı görülecektir.

Sevrî'ye (v. 161/778) nisbet edilen *Ferâiz*,¹⁰¹ Abdürrezzak ve İbn Ebî Şeybe'nin (v. 235/849) *Musannef*, İbn Vehb'in *Muvatta* ve *Câmi'* adlı eserlerinde de mevkûf ve maktû rivâyetler daha baskındır.

Yukarıda aktardığımız bilgilerden hareketle hicrî ikinci asırda hadîs ve sünnetin birbirinden net şekilde temyiz edilerek kullanılmadığı söylenebilir. Fakat İmâm Şâfiî dâhil olmak üzere erken dönem fukahâsının, hadîs ve sünneti eşanlımlı şekilde kullandığını iddia etmek de pek kolay değildir.¹⁰² Zira sünnet kavramının normatif bir anlam ifade ettiği ve genelde hukukla ilgili konularda gündeme geldiği, hadîs kavramının ise Hz. Peygamber, sahâbe ve tâbiîn dönemiyle ilgili nakledilen bilgiden ibaret olduğu anlaşılmaktadır. Bu bilginin dinle ilgili olup olmaması, coğrafi bir bilgi taşıyıp taşıyımaması, nübüvvet sonrasına ait olup olmaması veya birinin bedensel özelliğini ihtiva edip etmemesi gibi hususlar dahi aktarılan bilginin hadîs diye nitelendirilmesine mâni değildir.¹⁰³ Ayrıca hadîsler, sünnetin aksine şâz, münker, zayıf ve mevzû gibi vasıflarla da nitelenmektedirler. İbn Mehdî'den (v. 198/813) aktarılan ifadeler de hadîs ve sünnetin farklı olduğunu desteklemektedir. Nitekim o, İmâm Sevrî'yi (v. 161/778), İmâm Evzâi'yi (v. 157/773) ve İmâm Mâlik'i (v. 179/795) mukayese ettiği bir sözünde, Sevrî'nin hadîste imâm, Evzâi'nin sünnette imâm, Mâlik'in ise her iki hususta imâm olduğunu belirtir.¹⁰⁴ Kendisinden aktarılan bir başka sözünde, âlimlerin birkaç sınıf olduğunu, bir kısmının sünnet ve hadîste, bir kısmının sadece sünnette, diğer bir kısmının ise sadece hadîste imâm/otorite olduğunu ifade eder.¹⁰⁵ İbn Mehdî, Sevrî ile Şu'be b. Haccâc'ı (v. 160/776) mukayese ettiği bir başka sözünde ise, Sevrî'nin hem hadîste hem sünnette, Şu'be'nin ise sadece hadîste imâm olduğunu söyler.¹⁰⁶

101 Süfyân es-Sevrî, Ebû Abdullah Süfyân b. Sa'îd b. Mesrûk, *el-Ferâiz*, (ed. Hans Peter Raddatz, "Fruhislamisches Erbrecht nach dem Kitâb al-faraid des Süfyân at-Tauri", *Die Welt des Islams*, XIII, 1/2 (1971). Bu eser, merfû, mevkûf ve maktû olmak üzere 90 rivâyetten oluşmakta, Sevrî'ye nisbet edilmesine rağmen kendisine ait hiçbir yorum söz konusu değildir.

102 Özşenel, Ebû Yusuf'un hadîs ve sünneti eşanlımlı şekilde kullandığını, (*Ebû Yusuf'un Hadis Anlayışı*, s. 21-22), Özafşar da Şeybânî'nin zaman zaman sünnet ve hadîsi özdeş kabul ettiğini (*Hadîsi Yeniden Düşünmek*, s. 86-87), Aktepe de Şâfiî'nin hadîsi merfû hadîsin lafzına hasrettiğini iddia etmiştir. Bu araştırmacıları hataya sevk eden husus, bazı rivâyetlerin hem hadîs, hem de sünnet diye nitelenmiş olmasıdır. Hâlbuki bir noktada iki vasfın toplanması, onların eşanlımlı olduğunu göstermez. Aksine her iki kavram arasında "umum ve husus mutlak (tam-girişimlik)" veya "umum ve husûs min vech (eksik-girişimlik) kabilinden bir ilişki olması da mümkündür.

103 İbn Receb, *Şerhu ilelî't-Tirmizî*, I, 156; Sehâvî, *Fethu'l-muğîs*, (thk. Ali Hüseyin Ali), Mektebetü's-sünne, Mısır 1424/2003, I, 26; Ali el-Kâri, *Şerhu Nuhbetü'l-fiker*, Dâru'l-Erkâm, Beyrût, t.y., s. 154; Cemâleddîn el-Kâsimî, *Kavâ'idu't-tahdîs min funûni müstalahi'l-hadîs*, Dâru'l-kütübü'l-ilmiyye, t.y., s. 61.

104 Kâdi İyâz, *Tertîbü'l-medârik*, s. 63.

105 İbn Ebî Hâtîm, *el-Cerh ve't-ta'dîl*, Dâru İhyâi't-türâsi'l-Arabî, Beyrut 1371/1952, I, 118.

106 İbn Ebî Hatîm, *el-Cerh ve't-ta'dîl*, II, 19.

Hâsılı dönemin önde gelen muhaddislerinden İbn Mehdî'nin, nisbeten fıkıh tarafı daha baskın olan âlimlerin hem hadîste, hem sünnette otorite olduğunu, fakat özellikle hadîsle iştigal edenler hakkında hadîste imâm olduklarını belirtmiş olması büyük önemi haizdir. Nitekim hukukî hadîsleri içeren edebiyat türüne, "sünen" denilmesi de aynı düşüncenin bir sonucudur. Ayrıca Hz. Aişe'nin "Berîre hadîsesinde üç sünnet vardır"¹⁰⁷ şeklindeki ifadesi ve Ahmed b. Hanbel'in (v. 241/855) "Şu hadîste beş sünnet vardır" sözü¹⁰⁸ de hadîsin, sünnetin eşanlamlısı değil, taşıyıcısı olduğuna dair iddiayı desteklemekte ve bunun, ashâbu'l-hadîs tarafından dahi kabul edildiğini göstermektedir. İmâm Şâfiî'nin, *Risâle*'de "delâletü's-sünneti fi hadîsi İmrân" ifadesi, bir konu hakkında hadîslerin zıt olabileceğini, bunlar içinde Kitâb'a ve sünnete daha uygun olanı tercih edeceğine dair açıklaması, sahâbenin Hz. Peygamber'i yanlış anladığından dolayı onun hakkında farklı bilgi aktarabildiklerine dair cümleleri aynı hususa işaret etmektedir.¹⁰⁹ Ayrıca Şâfiî, hadîslerin farklı olabileceğini, bu durumda başka delillerle desteklenen; örneğin daha fazla tarikte aktarılmış olanla, Kur'ân'a ve Hz. Peygamber'in diğer sünnetlerine daha çok benzeyenle, ilim ehlinin yanında meşhur olanla, kıyâsa uygun olanla veya sahâbenin büyük çoğunluğunun ameli doğrultusundaki hadîsle amel edeceklerini belirtir.¹¹⁰

Son olarak modern araştırmalarda İmâm Şâfiî ile beraber sünnetin hadîse indirildiği ve sünnetin vahiy mahsülü olduğu iddia edilmektedir.¹¹¹ Hadîs ve sünnetin İslam toplumunda eşanlamlı kullanılıp kullanılmadığına yukarıda temas ettiğimizden dolayı aşağıda Şâfiî'nin, merfû hadîsleri vahiy ilan edip etmediğine dair iddiayı ele almaya çalışacağız. Şâfiî doğrudan kendi eserlerinde haberleri, kesin bilgi ifade edip etmeme açısından haber-i âmme ve haber-i hâssa diye ikiye ayırır. Haber-i âmme (mütevâtir haberi) bütün müslüman toplumunun ittifak ettiği ve bildiği hususlar şeklinde tarif eder. Diğer bir ifadeyle Şâfiî'nin haber-i âmme dediği bilginin, usûl eserlerinde yer alan mütevâtirden daha güçlü olduğu veya onun üst mertebesini ifade ettiği söylenebilir. Zira mütevâtir, bütün İslam toplumunun ittifak ettiği değil, yalan üzere toplanması imkânsız bir topluluktan aktarılan haber şeklinde tarif edilir. Şâfiî, haber-i hâssayı (haber-i vâhidi)

107 Mâlik, "Talâk", 25.

108 Ebû Dâvud, "Cenâiz", 84.

109 Şâfiî, *er-Risâle*, s. 268-272, 289. İbn Ebi Yalâ, *Tabakâtü'l-Hanâbile*, (thk. Abdurrahman b. Süleyman el-Useymin), Mekke 1419/1999, I, 5.

110 Şâfiî, *er-Risâle*, s. 324.

111 Kırbaçoğlu, M. Hayri, "er-Risâle'nin Şekil ve Muhteva Açısından Eleştirisi", *Sünni Paradigmanın Oluşumunda Şâfiî'nin Rolü*, Ankara, 2000, s. 225; Aybakan, Bilal, *Fıkıh İlminin Oluşum Sürecinde İcmâ*, İz Yayıncılık, İstanbul 2003, s. 112.

ise âmme tarafından değil de hâssa tarafından bilinen haberler diye tanımlar. Dolayısıyla bu tür rivâyetlerin kabul edilebilmesi için bazı şartlar ihtiva etmesi gerektiğini ifade eder.¹¹² Şâfiî, haber-i hâssanın (haber-i vâhidin) fıkıh alanında hüccet olarak kabul edildiğini, fakat kesin (ihâta) bilgi ifade etmediğini,¹¹³ zira bu tür haberlerin, şâhitler gibi zâhiren hakikati temsil ettiğini, yoksa tanıkların hata yapmasının mümkün olduğunu¹¹⁴ ve ihtilaflı olan haber-i hâssalarda, Kitâb ve sünnete en çok benzeyeni hüccet kabul ettiğini (ehâznâ eşbehe ekâvîlihîm bi'l-kitâb ve's-sünneti) belirtir.¹¹⁵

İmâm Şâfiî'nin haber teorisinde ihâta, hâssa ve âmme kavramları gibi zâhir ve bâtın ifadesi de önemli bir yer tutar. Zira Kitâbın, haber-i âmmenin ve üzerinde icmâ edilen sünnetin (es-sünnetü'l-müctema'ü 'aleyhâ) kesin bilgi ifade ettiğini, bundan dolayı bunların hem zâhiren, hem bâtinen hakikati temsil ettiğini, fakat tanıklık gibi haber-i hâssanın da sadece zâhiren hakikati temsil edeceğini ve bu bilgilerin yanlış çıkabileceğini vurgular.¹¹⁶ Ayrıca Şâfiî, Hz. Peygamber'in "Ben sadece bir beşerim, siz bana ihtilaflı meselelerde başvuruyorsunuz, bizim delilini serd etmede daha kuvvetli olabilir, ben ancak duyduğum şeye göre karar veririm..."¹¹⁷ hadîsine yer verir ve Hz. Peygamber'in kazâ/yargı hususunda zâhire göre hükmettiğini ifade eder.¹¹⁸ Böylece Şâfiî, merfû hadîsler bir yana, Hz. Peygamber'in uygulamalarının da tamamen vahye dayanmadığını dolaylı şekilde belirtmiş olmaktadır. Şâfiî'nin eserlerinde yer alan bu bilgilerden sonra onun hadîsi sünnet, sünneti de vahiy ilan ettiğine dair iddiaya¹¹⁹ ihtiyatla yaklaşmamız gerekmektedir. Eğer mezkûr iddiadan maksat, sünnetin bir kısmının vahiy mahsulü olduğu veya gayrı metlûv diye kabul edilmesi ise bu, Hanefîler de dâhil olmak üzere neredeyse bütün İslam hukukçuları tarafından kabul edilen bir husustur.¹²⁰

İmâm Şâfiî'nin yapmaya çalıştığı, yeni ve yabancı bir şey ortaya koymak değil, varolan bölgesel fıkıh anlayışlarından hareketle kendi içinde tutarlı ve bütüncül

112 Şâfiî, *er-Risâle*, s. 391; *Cimâ'u'l-ilm*, s. 50.

113 Şâfiî, *Cimâ'u'l-ilm*, s. 48.

114 Şâfiî, *er-Risâle*, s. 375.

115 Şâfiî, *el-Ümm*, VIII, 758.

116 Şâfiî, *Cimâ'u'l-ilm*, s. 40, 47.

117 Mâlik, "Akdiye", 1.

118 Şâfiî, *el-Ümm*, II, 576.

119 Özaşar, *Hadîsi Yeniden Düşünmek*, s. 97; Aktepe, "İmam Şâfiî'nin Ehl-i Kelam ve Mâlikilere Karş Hadis Savunusu", s. 132.

120 Debûsî, *Takvimü'l-edille*, (thk. Halil Muhyiddîn), Dâru'l-kütüb'l-ilmîyye, 1421/2001, s. 244; Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, III, 273. Detaylı bilgi için bkz. Genç, Mustafa, *Sünnet-Vahiy İlişkisi*, Doktora Tezi, SÜSBE, Konya 2005.

bir usûl geliştirmektir. Bu usûl anlayışının tekâmülünde, hicrî ikinci asırda yaşayan pek çok İslam hukukçusunun ve mütekellimin katkısının olduğu inkâr edilemez.¹²¹ Ancak Şâfiî sonrasında, hadis ve sünnet anlayışı bağlamında tartışmanın bittiği ve herkesin Şâfiî'nin prensiplerini kabul ettiğine dair iddianın gerçeği yansıtmadığı söylenebilir.¹²² Zira Şâfiî'nin sünnet anlayışını tenkit eden İsa b. Ebân'ın (v. 221/836) haber teorisi Hanefî mezhebinde, amel-i ehli'l-Medine anlayışı da Mâlikî mezhebince kabul edilegelmiştir. Ayrıca İslam toplumunda yeni ve yabancı unsurların genelde bid'atla nitelendirildiği ve pek kabul görmediği bilinmektedir. Ancak görebildiğimiz kadarıyla hasımları tarafından dahi Şâfiî'nin yeni ve yabancı bir usûl geliştirdiği iddia edilmemiştir. Bütün çabalarına rağmen Şâfiî'nin de mezkûr usûl anlayışına ne kadar bağlı kalabildiği ayrıca üzerinde durulmalıdır. Zira furû-ı fıkıhta, nazarî bağlamda dile getirilen prensiplere her zaman bağlı kalınmadığı veya kalınmadığı, çünkü ahkâm-ı şer'iyenin sahâbe döneminden itibaren varolageldiği ve geliştirilen usûl doğrultusunda kolay kolay değiştirilmediği, ancak buna rağmen reddiye geleneğinde âlimlerin usûl bağlamında birbirlerini tenkit ettiği söylenebilir.

SONUÇ

Erken dönem metinlerde yaptığımız incelemeler sonucunda görebildiğimiz kadarıyla dinî bilgi, Hz. Peygamber döneminden itibaren İslam toplumunun içinde uygulamalı olarak hayat bulduğu gibi, rivâyet usûlüyle de aktarılmıştır. Fakat zamanla nebevî sünnetle bağdaşmayan uygulamaların da yaygınlaşmasından olsa gerek âlimlerin, ihtilafı meselelerde birbirlerinden sahih hadis ve rivâyet talep ettikleri ve muârizın dayandığı delillerin zayıf olduğunu iddia ettikleri görülür. Hicrî ikinci asırda hadis ve sünnetin birbirinden net şekilde temyiz edildiğini söylemek güçtür. Aksine hadisin, sünnetin taşıyıcısı olması hasebiyle sünnetin genelde hadisle ve rivâyetle tespit edildiği görülür. Nitekim Medine amelîne büyük önem atfeden Medineliler ve re'y ehlinde kabul edilen Kûfeliler sünneti

121 Örneğin Şâfiî, haberleri âme ve hâssa şeklinde tasnif etmekte ve bu taksiminin ilk defa Vâsıl b. Atâ tarafından yapıldığı ifade edilmektedir (Askerî, Ebû Hilâl, *el-Evâil*, thk. Muhammed Seyyid, Kâhire, 1408/1987, s. 374). Haber-i vâhidin kabulü ve hücciyeti gibi hususlarda ise Şâfiî ile Şeybânî arasında paralel açıklamaların olduğu görülür.

122 Aktepe, Şâfiî sonrasında sünnetin mahiyetinin tartışılmadığını ve sünnî İslam dünyası tarafından Şâfiî'nin sünnet anlayışının kabul edildiğini iddia etmiştir (*Erken Dönem İslam Hukukçularının Sünnet Anlayışı*, s. 299). Hâlbuki kavramlarına varıncaya kadar her fikhî mezhep, kendi sünnet anlayışını devam ettirmiş, hiçbir zaman ne Mâlikîler Medine amelînin bir değer taşımadığını savunmuş, ne de Hanefîler sahâbe uygulamasının sünnet kavramı altında ele alınmayacağını kabul etmişlerdir. Fakat bununla beraber mezhepler arasında belli oranda etkileşim olduğu söylenebilir.

rivâyetle tespit etmeye gayret etmişlerdir. Ancak Medineliler, yerel amele yaptıkları aşırı vurgu sebebiyle diğer âlimlerden ayrılmışlardır. Ayrıca sünnetin, ittifak edilen tatbikat anlamına geldiğine dair modern iddiayı temellendirecek herhangi bir delil tespit edilememiştir. Aksine aynı mezhebin öncüleri kabul edilen İmâm Ebû Hanîfe ve öğrencileri arasında dahi farklı uygulamaların sünnet kavramıyla karşılanması söz konusu olabilmektedir. Nitekim üzerinde icmâ sağlanan sünnetlere “es-sünnetü’l-müctema‘u aleyhâ” ifadesinin kullanılmış olması da mutlak anlamda kullanılan sünnetin, ittifak edilen tatbikat anlamı içermediğini dolaylı şekilde ortaya koymaktadır.

Sonuç olarak hicrî ikinci asırda hadîs kavramı, haber, eser ve rivâyetle eş anlamlı şekilde Hz. Peygamber, sahâbe ve tâbîinden aktarılan bilgiler hakkında kullanılırken İmâm Şâfiî, hadîsi merfû, eseri ise mevkûf ve maktû rivâyetler hakkında kullanmaya gayret etmiştir. Sünnet kavramı ise fıkıh içerikli metinlerde genelde Hz. Peygamber’in ve sahâbenin hukukla/fıkıhla ilgili söz, fiil ve takrirleri bağlamında kullanılırken İmâm Şâfiî, nebevî sünnetle sınırlandırarak, İmâm Mâlik ise Medine ameli bağlamında bu kavrama temas etmiştir.

YÜRÜRLÜK (MAHKEME KARARLARI) ÖRNEKLERİNDEN HAREKETLE OSMANLI CEZA HUKUKUNDAKİ FETVA-KAZÂ İLİŞKİSİNE BAKIŞ*

Dr. Mehmet KOÇ**

Özet: Bu çalışmada, şeyhülislâm veya müftüler tarafından verilen fetvaların mahkemelerin ceza kararı kayıtlarında yer almasından hareketle Osmanlı ceza hukukundaki fetva kazâ ilişkisine değinilecektir. Ardından, Osmanlı ceza hukukundaki fetva kazâ ilişkisi mahkeme kayıtlarındaki örnekleri verilerek somutlaştırılacaktır. Çalışmanın, şer'î-örfi hukuk ilişkisi, şer'î hukuktan sapma ve keyfi uygulamalar gibi Osmanlı ceza hukuku etrafında tartışılan konulara uygulamadaki somut örnekleri sunması açısından katkı sağlayacağını umuyoruz.

Anahtar Kelimeler: Şeyhülislâm, Müftü, Fetva, Kadı, Mahkeme, Kazâ

Approach to The Reference of Fatwa and Judgment in The Ottoman Criminal Law Based on The Samples of Law Enforcement (Court Decisions)

Abstract: In this study, the reference of fatwa and judgment (kazâ) in the Ottoman Criminal Law will be discussed based on the fatwas given by shayk al-Islam or muftis included in the court records of criminal sentence. Later, the relationship of fatwa and judgment in Ottoman Criminal Law will be embodied by the sample cases picked from the court records. We hope that the study will make a contribution to the discussed issues over the Ottoman Criminal Law such as the relationship between Muslim Law (Shariah) and the Customary Law, stray from shariah law, and arbitrary enforcement.

Keywords: Shayk al-Islam, Mufti, Fatwa, Kadi, Court, Judgment.

GİRİŞ

Fetva, dini-hukukî konularda sorulan sorulara müftü tarafından verilen cevaptır.¹ Kazâ ise, insanlar arasında meydana gelen dava ve ihtilafların yargı yetkisine sahip hâkim tarafından usulüne uygun bir şekilde hükme bağlanmasıdır.²

Fetva ve kazâ tefriki (diyânî ve kazâî hüküm ayırımı), İslam hukukunun esas prensiplerindedir. Gerek müftü gerekse yargılama ve hüküm vermekle görevlendirilen kadı, Kur'an ve Sünnet'in hükümlerine bağlı olup bu çerçevede hüküm

* Bu makale, tarafıma hazırlanan "Osmanlı Hukukunda Ta'zir Suç ve Cezaları" isimli doktora tezinden istifade edilerek yazılmıştır.

** Nurhak/Kahramanmaraş İlçe Müftüsü, mehkoc06@hotmail.com

1 Atar, Fahrettin, "Fetva", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul 1995, XII, 487.

2 Atar, Fahrettin, "Kazâ", *DİA*, Ankara 2002, XXV, 114.

vermekle sorumludurlar. Ancak fetva ile kazâ arasında benzerlikler olmakla beraber aralarında şu temel farklar bulunmaktadır.³

Fetva, şer'î hükmü açıklamak ve bildirmekten ibaret olup, bağlayıcı değildir. İstişari mahiyettedir. Fetvayı soran kimse bu fetvaya uymaya zorlanamaz. Ancak kazâî hükümlere uymak mecburidir. Verilen hükme uyulmadığı takdirde icra mercileri tarafından zorla infaz edilir. Fetva umumidir, hem soranı hem de başkalarını ilgilendiren genel bir hüküm mahiyetindedir. Kazâ ferdidir, lehine ve aleyhine hüküm verilen kişiler için bağlayıcıdır. Fetva, şer'î meseleleri kapsadığından yargılama ile ilgili konularda olduğu gibi ibadet ve benzeri hususlarda da geçerlidir. Kazâ ise yalnız yargılama ve kanunlaştırma konusu olabilen olaylarda geçerlidir. Mesela kadı, "Bu oruç sahihtir, şu oruç batıldır" şeklinde hüküm veremez. Fetvada anlatılan hadiseye göre cevap verilir. Kazâda ise delillere ve kanaata göre karar verilir. Fetva vermede ilmi liyakat esastır. Hatta kadınlar, köleler ve çocuklar tarafından bile fetva verilebilir. Kazâda ise yetkili resmi makamca tayin edilmiş olmak şarttır. Aksi halde verilen hüküm geçerli olmaz.⁴ Fetvanın İslam hukukunun işleyişindeki rolünün iki yönlü olduğu söylenebilir. Kadılar bazen önlerine gelen davalarla ilgili müftülere fetva sormuşlardır. Bu yönüyle müftüler kadılarına yardımcı olmuşlardır. Diğer yönüyle müftülerin varlığı birtakım meselelerin mahkemeye intikal etmeden çözümlenmesini de sağlamıştır.⁵

1- OSMANLI HUKUKUNDA FETVANIN ROLÜ

Osmanlı hukukunda fetvanın rolüne değinmeden önce Osmanlı hukukunu oluşturan şer'î ve örfî hukuk terimlerini kısaca tanımamız gerekir. Osmanlı hukukunda şer'î hukuk teriminden; Kur'ân, Sünnet, İcmâ ve Kıyas gibi şer'î delillere dayanarak İslam müctehidlerinin fıkıh kitaplarında devletin müdahalesinden bağımsız olarak tedvin ettikleri hükümler anlaşılmaktadır.⁶ "Örfî hukuk ise, Osmanlı padişahların irade ve fermanlarına dayanan ve modern anlamda kanûnilik özelliği taşıyan hukuk normlarının genel adıdır."⁷ Osmanlı padişahlarının mün-

3 Bilmen, Ömer Nasûhî, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilâhâtı Fıkhiyye Kâmusu*, Bilmen Yayınevi, İstanbul 1976, I, 253-254; Atar, "Fetva", *DİA*, XII, 487; Türcan, Talip, "İslam Hukukunda İki Farklı Geçerlilik Alanı: Kazâî ve Diyânî Hüküm Ayırımı", *İlmî Araştırmalar Dergisi (İAD)*, IXX/1, Ankara 2006, s. 161.

4 Atar, "Fetva", XII, 487-488; Ekinci, Ekrem Buğra, *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul 2008, s. 130; Türcan, "İslam Hukukunda İki Farklı Geçerlilik Alanı: Kazâî ve Diyânî Hüküm Ayırımı", *İAD*, IXX/1, s. 161-166; Uriel Heyd, *Türk Hukuk ve Kültür Tarihi Üzerine* (Çev. Fethi Gedikli), Ankara Okulu Yayınları, Ankara 2002, s. 95; Ayrıca bk. Şimşek, Murat, *İslam Hukukunda Bağlayıcılık Bakımından Hz. Peygamber'in İctihad ve Tasarrufları*, TDV Yayınları, Ankara 2010, s. 246-248.

5 Aydın, Mehmet Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Yayınları, İstanbul 2012, s. 94.

6 Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 66; Akgündüz, Ahmed, "Osmanlı Hukukunda Şer'î Hukuk-Örfî Hukuk İkilemi ve Yasama Organının Yetkileri", *İAD*, XII/2, Ankara 1999, s. 117.

7 Bardakoğlu, Ali, "Osmanlı Hukukunun Şer'îliği Üzerine", *Yeni Türkiye*, Osmanlı Özel Sayısı, Ankara 2000,

ferit ferman ve kanunlarıyla yapılan bu düzenlemeler zamanla önemli bir yeküne ulaşınca oluş biçiminin klasik İslam hukukundan farklı oluşu göz önüne alınarak ayrı bir isim verilmiş, örf veya örfî hukuk denmiştir.⁸

Osmanlı hukuk düzeninde üst hukuk olan şeriat, sınırladığı alt hukuk olan örfî hukukun yürürlüğünü zedelemeyecek bir hukuk nazariyesine ve ilke kurallarına sahiptir. Böyle olmasaydı Osmanlı hukuk sistemde uyumsuzluklar meydana gelirdi. Osmanlı hükümdarları şer‘î hukukun ayrıntılı olarak düzenlemede bulunmuş olduğu alanlarda kanun koymamaya, diğer alanlarda kanun koyarken de şer‘î hukukun umumi ilkelerine ters düşmemeye dikkat etmişlerdir.⁹

“Osmanlıların İslam hukukunu uyguladıkları, bu hukukun boşluklarının veya İslam hukukunun devlet başkanına yetki tanıdığı alanların örfî hukuk kurallarıyla doldurulduğu göz önüne alındığında Osmanlı hukukunun İslam hukuku etrafında şekillendiğini söylemek hatalı olmaz. Bu sebeple örfî hukuk kurallarının konuluş aşamasında padişahın nişancıya, kadıaskerden mahalli kadılara, veziriazamdan şeyhülislâma varıncaya kadar çok aşamalı bir kontrol mekanizmasının şer‘î-örfî hukuk uyumuna özen gösterdiğini söylemek mümkündür.”¹⁰ Örneğin, ilk örfî vergi olan pazar vergisinin (bâc) konması sırasında Osman Gazi’nin şeriatın emri değil diye bu şekil bir vergiye karşı çıktığı, ancak şer‘î esaslara aykırı olmadığını anladıktan sonra bunu kabul ettiği tarihi kaynaklarda belirtilmektedir.¹¹

Fetvanın İslam hukukundaki dinamik yapısı ve işleyişinin, Osmanlı döneminde daha geniş boyutlara ulaşarak yasama ve yürütmenin¹² yanısıra yargıda da önemli etkileri olmuştur.

sy. 31, s. 710.

8 Aydın, Mehmet Akif, “Osmanlı Hukuku’nun Genel Yapısı ve İşleyişi”, *Türkler*, Ankara 2002, sy. 10, s. 25.

9 Özbilgen, Erol, *Osmanlı Hukukunun Yapısı*, Güryay Matbaacılık, İstanbul 1985, s. 89.

10 Aydın, “Osmanlı Hukuku’nun Genel Yapısı ve İşleyişi”, *Türkler*, sy. 10, s. 25.

11 Kemal Yavuz ve M. A. Yekta Saraç, *Âşık Paşazade Tarihi*, Mas Matbaacılık, İstanbul 2003, s. 73-74.

12 Kanunnameler, padişahların farklı zaman ve zeminde şer‘î hukukun kendisine verdiği salâhiyete dayanarak ve gerektiğinde şeyhülislâmların fetvalarını da dikkate alarak genellikle idarî, mali, cezaî ve değişik hukuk alanlarında emir ve fermanlarla ortaya koydukları hukuki kaideleri ihtiva eder. Kanunnameler, Divan-ı Hümayun üyelerinden nişancı tarafından hazırlanır, aslında kalemiye denilen Osmanlı bürokrasisinin reisi ve divan üyesi olan nişancının örfî-sultânî hukukun tanzim ve tatbikinde geniş salâhiyet sahibi olması hasebiyle hukuk konusunda önemli yeri vardır ve “müftî-i kânun” ismiyle de anılır. Nişancı, kanunnamelerin şeklen usulüne uygun hazırlanmasına nezaret eder. Kanunnamelerin muhteva olarak şer‘î hukuka aykırı olmaması için kanunun meşruluğu şeyhülislâmlığa sorularak fetvaya bağlanır. İstişare mahiyetinde de olsa padişahların kanun ve fermanların çıkarılmasında şeyhülislâmlarla teşrik-i mesaide buldukları bilinmektedir. Düzenlemeler divanda görüşüldükten sonra padişahın tasdikıyla kanun haline gelir ve uygulanır. Akgündüz, Ahmed, *Osmanlı Kânunnâmeleri ve Hukûkî Tahlilleri*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul 1992, I, 78; Ekinci, *Osmanlı Hukuku Adalet ve Müлк*, s. 180-181; Afyoncu, Erhan, “Nişancı”, *DİA*, İstanbul 2007, XXXIII, 157; Ünal, Mehmet Ali, *Osmanlı Müesseseleri Tarihi*, Fakülte Kitapevi, Isparta 2012, s. 105-107; Gökbilgin, M. Tayyib, “Nişancı”, *İslam Ansiklopedisi (İA)*, Millî Eğitim Basımevi, İstanbul 1978, IX, 299-300; Aslan, Nası, “Klasik Dönem Ceza Kanunnameleri Bağlamında Osmanlı Hukukunun Şeriliği Üzerine”, *Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi (ÇÜİFD)*, III/2, Adana 2003, s. 25.

Fetvaların yargıya etkilerinden birisi fetvaların kanunlaştırılması şeklinde olmaktadır. Normal şartlarda hukuki bağlayıcılığı olmayan fetvalar devlet başkasını tarafından kanun haline getirilebilir. Burada uygulanan usul şudur: Padişaha çoğu zaman şeyhülislâm bazen de kazâskerler veya başka bir hukukçu tarafından o zamana kadar uygulanmakta olan hukuk kuralının değişmesini öngören bir fetva sunulmakta, padişah da bu fetvaları “mûcibince amel oluna” diye tasdik etmektedir. Bu durumda kadıların bu kanun şekline dönüşmüş fetvaya uymaları mecburi hale gelmektedir. Bunun örneği Şeyhülislâm Ebûssuud Efendi (1491-1545) fetvalarıdır. O, zamanın şartlarını ve insanların ihtiyaçlarını dikkate alarak ihtilafli konulardaki verdiği bazı fetvalarını *ma'rûzât* şeklinde padişaha arz etmektedir. Padişah tarafından tasdik olunan bu fetvalar, kanun haline dönüşerek bütün kadıları bağlayıcı bir hal almaktadır. Bu şekildeki kanunlaştırma geleneği Osmanlı Devletinin sonuna kadar devam etmektedir.¹³

“Osmanlı mahkemelerinin işleyişinde diğer İslam devletlerinde olduğu gibi fetva kurumunun ve müftülerin önemli bir yeri vardır. Kendilerine sorulan dini hukuki sorulara somut olayla ilgilenmeden sadece teorik temelde cevap veren müftüler bir taraftan bazı ihtilafların mahkemelere intikal etmeden barış yoluyla çözümlenmesini sağlarken diğer taraftan mahkemelerin uygulamalarını dolaylı yoldan etkilemiş ve onlara belirli ölçüde yön vermiştir. Her ne kadar fetvalar kadıyı bağlamamaktaysa da mahkemeye intikal eden ihtilafla sunulan fetva vakıa olarak birbiriyle uyuyorsa kadının fetvaya aykırı karar vermesi yanlış karar vermiş olduğuna kuvvetli bir karine teşkil eder ve bozulmasına sebep olurdu. Bundan dolayı kadıların genelde mahkemeye sunulan fetvalara uygun karar verdikleri görülmektedir.”¹⁴

Hem taraflar (davalı-davacı) hem de kadılar bazı davalarda müftüden görüş istemektedir. Hem kadının istediği fetva hem de tarafların getirdiği fetvanın kadıyı usulen bağlayıcı olmaması fetvanın gelişigüzel reddedebileceği anlamına gelmemektedir. Fetvayı reddetmek için kadının elinde kuvvetli gerekçeler olmalıdır. Aksi halde ilgili taraf davayı yüksek mahkeme niteliğinde olan Divan-ı Hümayun'a¹⁵ götürdüğünde sebepsiz yere fetvayı reddeden kadı zor durumda

13 Aydın, Mehmet Akif, “İslam Hukuku'nun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi (THTAD)*, sy. 1, İstanbul 2006, s. 15; Ekinci, *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*, s. 131; Aslan, Nasi, “Osmanlı Hukuku'nun Oluşumunda Fetva ve Kazâ Münasebeti”, *Dini Araştırmalar Dergisi (DAD)*, II/4, Ankara 1999, s. 87.

14 Aydın, Mehmet Akif, “Mahkeme”, *DİA*, Ankara 2003, XXVII, 343.

15 “Divan-ı Hümayun idari, siyasi görev ve yetkilerin yanında hukuk alanında da yetkilere sahip bir üst kurumdur. Hukuki faaliyet, hukuk kurallarının düzenlenmesi şeklinde olduğu gibi bu kuralların uygulanması bakımından da yürütülmekteydi. Divan-ı Hümayun bütün yargı birimlerinin üstünde bir yargı organı olarak mahkemelerce verilmiş hükümleri inceleyen bir mercii, bazı davalar için ise tek yargı mercii

kalırdı. Özellikle şeyhülislâmlar tarafından verilen fetvaların bu açıdan özel bir ağırlığının olduğu görülmektedir.¹⁶

Fetvâ kurumunun önemli fonksiyonlarından biri de kadının verdiği hükmün müftünün ilmi denetimine açık olmasıdır. Sistematik bir temyiz usulünün bulunmadığı dönemlerde özellikle taşrada müftülerin her zaman bulunması ve halkın müftülere kolayca ulaşabilme imkânının olması kadıları hukuka uygun davranmaya zorlamaktadır.¹⁷

Genel olarak Osmanlı hukukunda fetvanın etkisine değindikten sonra şimdi uygulama örneklerinden yola çıkarak fetvaların ceza yargılamalarına etkisinden bahsedelim.

2-YEREL MAHKEME KAYITLARINDA BULUNAN FETVALAR

Örneklere geçmeden önce yerel mahkeme defterlerini ve ceza kararlarının açıkça yazıldığı ilamdan ve ilamı oluşturan unsurlardan kısaca bahsedelim.

“Osmanlı mahkemelerinde verilen kararların ve tutulan kayıtların toplandığı defterlere kadı sicilleri, kadı divanı, mahkeme kayıtları, sicillât-ı şer‘iyye ve yaygın kullanımı ile şer‘iyye sicilleri denilmektedir. Bu defterler kadı yahut nai-bi tarafından tutulmakta, adli ve idari kayıtlardan oluşan çeşitli türden belgeleri içermektedir.”¹⁸

Adli kayıtlardan birisi ilamlardır. İlam, şer‘î bir hükmü ve altında kararı veren hâkimin imza ve mührünü ihtiva eden yazılı belge demektir.¹⁹ Örnek ilam kayıtlarında²⁰görülebileceği üzere, bir ilamda bulunabilecek bilgiler kısaca şöyledir: Davacı

idi. - Divan-ı Hümayun bir yargı organıdır- ifadesinden, burada kurul halinde yargılama yapıldığı anlaşılmalıdır. Divan-ı Hümayun'da yargılama kurul olarak değil, kazaskerler tarafından münferiden yapılmaktadır. Divan-ı Hümayun'da görülen davalar ikiye ayrılmaktadır. Birincisi daha önce bir mahkemede hükmü bağlanan ve tekrar incelenmek üzere Divan-ı Hümayun'a gelen davalardır. İkincisi ise doğrudan ilk ve son derece mahkemesi olarak Divan-ı Hümayun'da görülen ve hükmü bağlanan davalardır.” Şentop, Mustafa, *Osmanlı Yargı Sistemi ve Kazaskerlik*, Klasik Yayınları, İstanbul 2005, s. 113.

16 Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 95; İkinci, *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*, s. 132.

17 Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 95; Aslan, “Osmanlı Hukuku'nun Oluşumunda Fetva ve Kazâ Münasebeti”, *DAD*, II/4, s. 99.

18 Uğur, Yunus, “Şer‘iyye Sicilleri”, *DİA*, İstanbul 2010, IXL, 8.

19 Akgündüz, Ahmed, “İlâm”, *DİA*, İstanbul 2000, XXII

20 “Kayseri’de Tus Mahallesi sakinelerinden Şerife bt. Hasan ve Fâtıma bt. Hüseyin nam hatun taraflarında davaya vekil-i şer‘ileri el-Hac Halil b. Mehmed meclis-i şer‘-i kavimde Abdullah b. Osman ve es-Seyyid Ahmed b. Mehmed mahzarlarında bi'l-vekâle üzerlerine dava ve takrir-i kelâm edip tarih-i kitab gecesinden on beş gün mukaddem gece ile müvekkilelerime hıyanet kasdıyla menzilleri dâhiline girip fiil-i şenif kas-

veya vekilinin adı ve adresi, davalının adı, dava konusu, davalının cevabı (ikrâr veya inkâr), davacının beyyinesi (tezkiyesi yapılan şahitler), beyyine olmamasında davalının yemini veya yeminden nükulu ve hâkimin kararı bulunur. Ayrıca ilamda tarih ve şühudu'l-hal'in (davayı dinleyenler) isimleri yazılır. Kadı yargılamayı bitirdikten sonra mahkeme kararını önce taraflara sözlü olarak bildirir, daha sonra bir ilam düzenleyerek davacı ve davalıya birer suretini verir, bir suretini de sicile kaydeder.²¹

“İlamda daha önce verilen bilgiler (dava konusu, beyyine, ikrâr, red, yemin) hükmün gerekçesi kabul edilmekte ve ayrıca bir gerekçe yazılmamaktadır. Hâkimin dayanmak zorunda olduğu şer'î hükümler fıkıh kitaplarında belli olduğundan burada hâkim, hangi kitabın hangi hükmüne, yahut hangi müçtehidin kavline dayandığını belirtmez.”²²

Kadılar muhakeme esnasında fıkıh kitaplarından ziyade fetva mecmualarından faydalanırlar. Çok karşılaşılan problemlere soru-cevap şeklinde yer veren fetva mecmuaları, Hanefî mezhebi içerisinde hâkim görüşü bildirmesi, ayrıca verilen hükmün Divan-ı Hümayun gibi bir üst yargı mercii tarafından bozulmaması için, kadıların en çok başvurduğu kaynaklar arasındadır.²³

Osmanlı uygulamasında mahkeme kararlarının gerekçeleri çoğunlukla ilam suretinde yazılmaz. Yaptırımı naslarca belirlenen suç tiplerine uygulanan el

detmeleriyle suâl olunup mücib-i şer'isi icrâ olunmak matlûbumdur dedikte gibbe's-suâl ve'l-inkâr vekil-i mezbûrdan müddeasına beyyine talep olundukta udûl-u müsliminden es-Seyyid Mehmed b. el-Hac Osman ve es-Seyyid Şeyh İbrahim b. Ahmed nam kimesneler li-ecliş-şahâde meclis-i şer'a hâzırân olup istişhâd olunduklarında fi'l-hakika işbu mezbûr Abdullah'ı müvekkiletân-ı mezbûretânın menzilleri dâhilinde gördük deyi her biri edâ-yı şahâdet-i şer'iyye bade't-tadil ve't-tezkiye şahâdetleri makbûle olmağın mücibince mezbûr Abdullah'ın ta'zirîyle mâ-vakaa bi't-talep ketb olundu.1155/1742. Şuhûdü'l-hâl Molla Mehmed b. Ali, Hacı Mustafa b. Ömer Efendi, Ali b. Süleyman, Mahmud.” KŞS (Kayseri Şer'iyye Sicilleri) d.no. 133/1, h.no. 176. Akt. (Aktaran) Süleyman Öcal, *133/1 Numaralı Kayseri Şer'iyye Sicili (H.1155/M.1742) Transkripsiyon ve Değerlendirme* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kayseri 2010, s. 210.

“Karye-i Samandırâdan Hasan b. Süleyman şeriat mahfilinde tahrîr-i dava kılıp eyitti ki işbu müşârûnileyh Mehmed b. Ali benim hatunum Halime bt. Yakub Fakih'e işaret edip ve söyledin diyecek mezbûr Mehmed'den suâl olundukta inkâr edip gibbe'l-inkâr Hasan'dan beyyine talep olunup aciz oldukta mezbûr Mehmed'e yemin teklif olunup dedi ki hayır ve şer yemin etmek âdetim değildir yemin etmezim diye yeminden nükûl edip ta'zir olunup...956/1550.” İKS (İstanbul Kadı Sicilleri) *Üsküdar Mahkemesi 17 Numaralı Sicil* (Haz. Orhan Gültekin), TDV İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) Yayınları, İstanbul 2010, s. 97.

21 Bayındır, Abdülaziz, *İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması)*, İslâmî İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, İstanbul 1986, s. 3; Akman, Mehmet, *Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması*, Eren Yayıncılık, İstanbul 2004, s. 115; Uğur, “Şer'iyye Sicilleri”, *DİA*, IXL, 9.

22 Bayındır, *İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması)*, s. 10,

23 Köse, Saffet, “Osmanlıda Şer'î Cezalar”, *İslâmiyat*, II/4, Ankara 1999, s. 29.

kesme,²⁴ zina celdesi,²⁵ kazif celdesi,²⁶ şürb celdesi,²⁷ irtidat haddi,²⁸ kısas²⁹ gibi ceza hükümlerinin gerekçeleri yani cezaların hangi âyet ve hadislere binaen verildiği veya hangi fıkıh veya fetva mecmuasına dayandırıldığı örneklerde görüldüğü üzere ilam suretlerine yazılmaz. Osmanlı mahkemelerinin had veya kısas suçlarına uyguladığı ceza kararlarının kayıtlara yansımaları genelde bu şekildedir.

Genel uygulama böyle olmakla beraber bazen mahkeme kararlarının gerekçeleri yani fetva kitaplarının isimleri ile beraber fetva suretlerinin kayıtlarda yer aldığı görülmektedir.

Uygulamada davacı tarafın iddiasını desteklemek için müftüden aldığı fetvayı mahkemeye sunduğunu görmekteyiz. Örneğin 1534 tarihli Üsküdar mahkemesi kadı defterindeki bir kayıтта, İsa'ya Solak'ın tuvaletini yıkmasından dolayı Solak'ın mahkemeye sunduğu fetva gereğince ta'zîr cezası uygulamaktadır.³⁰ Bu örnekte

- 24 “Kayseri’de Mehmed Çelebi...Seyfullah b. Ebubekir üzerine dava ve takrîr-i kelâm edip...bir sim kemer kuşak ve iki sim ön kuşak...ve bunun emsâli emvâlim ve esvâbim sirkat olunmuştu...mezbûr Seyfullah cevabında meclis-i şer’de sirkati bi’t-tav’ ve’r-rıza lâ bi’l-ikrah ve’l-cebr iki defa ikrâr ve i’tirâf ettikten sonra mücibiyle mezbûr Seyfullah’ın kat’-ı yedine hüküm olunup...1058/1649.” KŞS, d.no. 57/1, h.no. 44. Akt., Karaköse, Murat, *57/1 Kayseri Numaralı Şer’iyye Sicili (H.1058-1059/M.1648-1649) Transkripsiyon ve Değerlendirme* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kayseri 2010, s. 120.
- 25 “Mehmed Beşe meclis-i şer’de Nikola zimmî ve Ergina zimmîyeyi ihzâr edip mezbûrları nisfu’l-leyl karib mahalde zina ve ilfet üzere iken üzerine varıp tuttum suâl olunsun dedikte gibbe’s-suâl her biri ikrâr edip ol mahalle zina kasdıyla varıp mezbûre dahî râm olup (itaat etmek) zina eylediklerin ikrâr etmeleriyle dört defa suâlin ikrâr ile cevabından sonra haddullah (celde) icrâ olunup... 1067/1657.” Oğuz, Mustafa, *Girit (Resmo) Şer’iyye Sicil Defterleri (1061-1067)* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2002, s. 390.
- 26 “(...) mahallesinde sakin Mehmed b. Mustafa Zernişancı maruf (...) babası merkûm Mustafâya zina iftira edip beyana kâdir olmamağla mezbûr Mehmed’e hadd-i kazf urulmuşdur.” İKS, *Bâb Mahkemesi 54 Numaralı Sicil* (Haz. Hüseyin Kılıç-Yılmaz Karaca-Rasim Erol-Salih Kahrıman-Fuat Recep-Sabri Atay), İstanbul 2011, s. 440.
- 27 “İshak b. Abdullah şürb-i hamr ettiğine Muhzır başı Mehmed Çelebi b. Hamza ve Ahmed b. Ali şahâdet edip had vuruldu. 920/1514.” İKS, *Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil* (Haz. Bilgin Aydın-Ekrem Tak), İstanbul 2008, s. 134.
- 28 “İslâm’a gelip Muhammed ismiyle tesmiye olunup... lakin halen mürted olup kendiyi bi’d-defaat arz-ı İslâm ve keşf-i şübühât olundukta kabûl etmeyip ısrar ve irtidâdı mütebeyyen ve muhakkak olmağın mücibince mezbûr Muhammed’in üzerine ahkâm-ı mürteddîn icrâ olunup şer’an katli iktizâ eylediği...1178/1765.” İstanbul Şer’iyye Sicilleri Arşivi Kasımpaşa Mahkemesi, d.no. 54, s. 158b. Akt., Tekin, Yaşar, *Şer’iyye Sicilleri İşığında Osmanlı Devletinde Ta’zîr Suç ve Cezaları* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1995, s. 108;
- 29 “Bolu’da Göni nam karye sükkânından olup bundan akdem maktûlen fevt olan... çoban baltasıyla başına urup katletmiştir. Suâl olunup mücib-i şer’iyyesi olan kısas matlûbumuzdur dediklerinde...mezbûr Muharrem beni âşâ ile urduktaki ben dahî çoban baltasıyla iki defa başına darp edip katl eyledim diye meclis-i şer’de bi-tav’ihî kirâren ve mirâren ikrâr ve i’tirâf eyledikte ber (için, üzerine) mücib-i ikrâr kâtil-i mezbûr Halil’in kısasına hüküm...1097/1686.” Bolu Şer’iyye Sicilleri, d.no. 835, h.no. 81a/2. Akt., Şahin, Erdinç, *1684-1686 Yılları Arasında Bolu’da Ekonomik ve Sosyal Hayat (835 Numaralı Bolu Şer’iyye Siciline Göre)* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 2008, s. 371.
- 30 “Üsküdar subaşısı Mustafa Beğ, İsa nam kimesneyi meclis-i şer’a getirip takrîr-i merâm kılıp mezbûr İsa, Solak nam kimesnenin helasını yıkıp elinde olan fetvâ mücibince ta’zîre müstahak olup tescil olundu.” İKS,

fetvanın içeriğinden bahsedilmemektedir. Sadece ta'zîr cezasının fetva gereğince alındığı kayda yazılmaktadır.

1660 tarihli Eyüb mahkemesi kadı defterindeki bir kayıтта, davacı, vakıf arazi-sindeki odunları keserek kömür yapan kişilerin durumunu şeyhülislâma sorarak fetva istemektedir. Alınan fetva sureti mahkemeye sunulmaktadır. Vakıf arazisindeki ağaçları kesenlerin tenbih edileceğine dair fetva sureti mahkeme defterine kaydedilerek fetvanın gereğince karar alındığı açıklanmaktadır.³¹

1661 tarihli Eyüb mahkemesi kadı defterindeki bir kayıтта, Osman, korulduğundan izinsiz ağaç kesen Mustafa Çelebi hakkında şeyhülislâmdan aldığı fetvayı mahkemeye sunmaktadır. Fetvada mala zarar veren kişiye ta'zîr cezası verileceği ifade edilmektedir. Fetva deftere kaydedilmektedir.³²

1712 tarihli Antep mahkemesi kadı defterindeki bir kayıтта, çevresindeki hal-ka her türlü zarar veren (sâî bi'l-fesad) Ömer mahkemeye şikâyet edilmektedir. "Eliyle ve diliyle çevresine zarar veren ikamet ettiği yerden sürülür." şeklindeki fetva da mahkemeye sunulmaktadır. Kadı, fetvaya uygun şekilde Ömer'in mahal-leden sürgün edilmesine karar vermektedir.³³

Üsküdar Mahkemesi 9 Numaralı Sicil (Haz. Kenan Yıldız), İstanbul 2010, s. 129; Diğer örnek için bkz. İKS, *Üsküdar Mahkemesi 26 Numaralı Sicil* (Haz. Rifat Günalan), İstanbul 2010, s. 413.

- 31 "...Eyüb Ağa meclis-i ma'kûd-u mezkûrda kömürcü tâfesinden... muvâcehelerinde üzerine dava ve takrîr-i kelâm edip işbu kuru evkâf-ı mezbûreden olup ben zabt ve rabtına memur iken merkûmundan (onbir isim) benim izin ve icâzetim yoğ iken işbu korunun ağaçlarını kat' ve kömür yakıp intifâ' etmeleriyle bîd-defaat nehy ve men' eylediğimde memnu' olmamak ecilden husûs-u mezbûru şeyhülislâm hazretlerinden "Bir vakfın toprağında hüday-i nâbit olan eşcârı bazı kimesneler kat' etmek istediklerinde mütevellî olan o kimesneleri menâ kâdir olur mu? diye istiftâ olundukta "Olur." diye buyurulmağın ve ondan mâ-adâ "Bir vakfın toprağında hüday-i nâbit olan eşcârı bazı kimesneler fuzûlen dibinden kat' edip kömür yakıp istihlâk eyleseler mütevellî ol eşcârın kâimen kıymetlerini ol kimesnelere tazmine kâdir olur mu? diye istiftâ eylediğimde "Cevab-ı bâ-savâblarında olur." diye buyurulmağın... ber mücib-i fetvâ-yı şerif min ba'd zikr olunan korudan bilâ izin eşcâr kat' etmemek üzere merkûmûn zimmilere tenbih olunup...1081/1660." İKS, *Eyüb Mahkemesi 82 Numaralı Sicil* (Haz. Talip Mert-Rifat Günalan), İstanbul 2011, s. 105.
- 32 "Osman Ağa... Mustafa Çelebi nam mahzarında üzerine takrîr-i dava edip... taht-ı tasarrufumda olan korumdan bundan akdem mezbûr Mustafa Çelebi benim izin ve icâzetim yoğ iken birkaç defa kereste ve odun kat' etmeğın ben dahî şeyhülislâm müftü'l-enâm hazretlerinden istiftâ eylediğimde "Cevab-ı bâ-savâblarında ta'zîr ettirilir" diye buyurmağla...1072/1661." İKS, *Eyüb Mahkemesi 74 Numaralı Sicil* (Haz. Hüseyin Kılıç-Salih Kahriman-Fuat Recep-Sabri Atay-Rasim Erol-Yılmaz Karaca), İstanbul 2011, s. 239.
- 33 "Medine-i Ayntab'ta Yahni Mahallesi kethüdası Mehmed b. Satılmış el-Hac Ömer nam kimesneyi meclis-i şer'-i şerife ihzâr ve mahzarında üzerine dava ve takrîr-i kelâm edip mezbûr el-Hac Ömer kendi halinde olmayıp şerif ve müslimine daima cevr ve ziyet ve zararından mâ-adâ ibâdullâhın rızına sû-i kasd edip sâî bi'l-fesad olmağla bundan akdem defaatla mütekarrir ve münâzî olduğumuzda meclis-i şer'a ihzâr ve kendi halinde olmak üzere taraf-ı şer'den tenbih olunmuş iken mütenebbihe ve memnu' olmamağla keyfiyyet-i hâli bi-garaz sîkât-ı müsliminden bade'l-istihbâr mahalle-i mezbûreden ihrâcına tenbih olunmak matlûbumuz ve murâdımızdır dedikte mahalle-i mezbûre ahâlisinden (on beş isim) nam kimesnelere herbiri alâ tarihiş-şahâde herbiri mezbûr el-Hac Ömer muvâcehesinde sû-i halinden haber verip ve

1720 tarihli Antep mahkemesi kadı defterindeki bir kayıтта, geceleri silahla dolaşan evlerin kapılarını kırarak insanlara zarar veren Ahmed, mahkemeye şikâyet edilmektedir. İddiaların dinlenmesi, davalının savunması ve şahitlerin şahitlik yapmasından sonra Osman Efendi mahkemeye bir fetva sureti vermektedir. Silahla dolaşan ve insanlara zarar veren sâi bi'l-fesad olan kişinin katledileceği, ifadesinin yer aldığı fetva sureti mahkeme defterine de kaydedilerek Ahmed'in idam edilmesine karar verilmektedir.³⁴

1742 tarihli Kayseri mahkemesi kadı defterindeki bir kayıтта, Kayseri'de meydana gelen olayda, Ahmet, genç erkek çocuğa cebren livata yapmak suçundan dolayı yargılanmaktadır. Çocuğun babası şehir müftüsünden aldığı, livata suçunu alışkanlık haline getirenlerin katledileceği, şeklindeki fetva suretini mahkemeye sunmaktadır. Fetva sureti mahkeme defterine yazılarak şahitlerin şahadetinden sonra hüküm kaydedilmektedir.³⁵

merkûm Mehmed bir kı'ta fetvâ-yı şerîfe ibrâz edip mazmûn-ı münîfnde "Zeyd şerîr ve fâsîd olup müslimanlara yed'en ve lisânen ezizetten hâli olmasa şerrini kat' için Zeyd-i merkûm ol baladan yenfi olunur mu? Cevab-ı bâ-savâbında olunur"...mezbûr el-Hac Ömer'in mahalle-i mezbûreden ihrâcına bade't-tenbih mâ vakaa bi't-taleb ketb olundu. 1124/1712." GŞS, (Gaziantep Şer'iyye Sicilleri), d.no. 64, h.no. 87. Akt., Nariñ, Ökkeş, 64 Numaralı Gaziantep Şer'iyye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (H.1123-1124/M.1711-1712) (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kilis 2010, s. 82.

34 "Medine-i Ayntab'ta Hasuli Osman Efendi b. Hamza Efendi meclis-i şer'inde Ahmed b. Cafer nam şâki mahzarında üzerine dava ve takrîr-i kelâm edip mezbûr Ahmed tarih-i kitaptan bir gün mukaddem cevfü'l-leylde birkaç nefer eşkiyâ ile silah olduğu halde sarhoş menzîlim kapısına gelip tüfenk ile kapıyı kırıp ve tüfenkleri atıp şütüm-u galîza ile şetm ve beni hetk-i ırz eyledikten gayri mezbûr Ahmed gecelerde âlet-i harble gezip müslümanların ırzını hetk ve sû-ı kasd etmek âdet-i müstemirresi (itiyad) olmağla suâl olunub mücib-i şer'isi icrâ olunmak matlûbumdur dedikde gibbe's-suâl mezbûr Ahmed cevabında hâl-i minvâl-i muharrer üzere olduğunu bi'l-küllîye inkâr edecek müdde-i mezbûr Osman Efendi'den müddeâsını mübeyyin beyine talep olundukta udûl-u ahrâr-ı ricâl-i müslimînden Ömer b. el-Hac Mehmed ve Mehmed b. Abdurrahman nam kimesneler li-ecliş-şahâde meclis-i şer'a hâzîrân olup eserü'l-istişhâd fi'l-vâkı' tarih-i kitaptan bir gün mukaddem cevfü'l-leylde mezbûr Ahmed b. Cafer üç nefer refikiyle silah olduğu halde mezbûr Osman Efendi'nin menzili kapısına gelip tüfenk ile kapısını kırıp ve tüfenk atıp şütüm-u galîza ile hetk-i ırz eylediğini muâyene ve müşâhede eyledik biz bu hususa bu vech üzere şâhidleriz şahâdet dahî ederiz diye her biri edâ-yı şahâdet-i şer'iyye eylediklerinde ba'de riâyet-i şerâitî'l-kabûl şahâdetleri makbûle olduktan sonra mezbûr Osman Efendi bir kı'ta fetvâ-yı şerîf ibrâz ve bi'l-muvâcehe kiraat olundukta mazmûn-ı münîfnde "Eşkiyâya reis olup âlet-i harble müslümanların kapısını kırıp tüfenk attığı sabit olan Zeyd-i şâkinin sâi bi'l-fesad ve muzırû'n-nâs ve müz' olduğu cem'-i gafîr alâ vechi'ş-şahâde haber verilen Zeyd-i mezbûrun katli meşru olur mu? Cevab-ı bâ savâbında olur" diye buyurulup Fetâvâ-yı Vâkıattan nakli îrâd olunmağın ber mücib-i fetvâ-yı münîf şâki-i mezbûr Ahmed'in siyâseti emr-i veliyyü'l-emr ile tertib-i katline hüküm olunup...1132/1720." GŞS, d.no. 71, h.no. 95/2. Akt., Kûlek, Ahmet, 71 Numaralı Gaziantep Şer'iyye Sicili Transkripsiyonu (1-101 Sayfalar- H. 1132/1720) (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Van 2010, s. 241.

35 "Kayseri'de el-Hac Ali b. Abdullah nam kimesne meclis-i şer'-i kavîmde takrîr-i kelâm edip tarih-i kitaptan iki gün mukaddem sulbî oğlum Mehmed nam şâbb-i emredi gâib anî'l-meclis İsmail b. el-Hac Ali ve Mehmed b. Ahmed nam kimesneler cebren ve kahren fiil-i şeni' olan livata edip halen firar etmeleriyle merkûmânın livata etmek âdet-i müstemirreleri olmağla medine-i mezbûrede me'zûn bi'l-iftâ el-Hac Ahmed Efendi hazretleri dahî yedime işbu fetvâ-yı şerîfe itâ etmekle merkûmânın ahvalleri işbu hâzîrûn

Bazı kayıtlarda ise davacı mahkemeye fetva sunmasa bile kadı mahkeme kararına fetva suretlerini eklemektedir. Örneğin 1712 tarihli Edremit mahkemesi kadı defterindeki bir kayıtta, eşkiya reisi olarak bilinen Hasan'ın tek başına gündüz vakti Avaz Beşe'nin evine elinde bıçakla girmesi, katl kasdıyla saldırması, ailesinin ırzına da göz dikmesi ve mallarını da gasp etmesi nedeniyle suçlu sahis hakkında dört farklı fetva sureti mahkeme defterine kaydedilerek Hasan'ın idam edilmesine karar verilmektedir.³⁶ Dört fetvanın üçü suçlunun sâi bi'l-fesad olarak değerlendirilerek siyaseten katledilmesi gerektiği yönündedir. Bir fetva ise suçlunun eşkiya olarak değerlendirilip hadden cezasının verilmesi gerektiği yönündedir. Hanefi fakihlerin çoğunluğuna göre, hırabe suçu en az üç kişi tarafından şehir, kasaba ve köy gibi meskûn mahaller dışında işlenmesi halinde gerçekleşir.³⁷

bi'l meclis ahâli-i mahalleden istihbâr ve haberleri tahîr...yedinde olan fetvâ-yı şerîfede: “**Zeyd Amr-ı emred'e cebren livata eylese Zeyd'e şer'an ne lazım olur? Cevab: Ta'zir-i şedîd ve tevbe ve salahı zahir olunca ahbes mevâzî'da habs olunur. Bu surette Zeyd'in livata etmek mu'tâdi olduğu şer'an sabit olsa Zeyd'in katli meşru mudur? Cevab: Meşrudur.**” diye buyurulmağın ahâli-i mahalleden (on isim) nam kimesneler li-eclî'l-ihbâr meclis-i şer'a hâzırûn olup istihbâr olundukta merkûmân İsmail b. Hacı Ali ve Mehmed b. Ahmed nam kimesnelerin livata âdet-i müstemirreleri olup...1154/1742.” KŞS, d.no. 133/I, h.no. 220. Akt., Öcal, 133/1 Numaralı Kayseri Şer'iyeye Sicili (H.1155/M.17 42) Transkripsiyon ve Değerlendirme (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 250.

36 Medine-i Edremit mahallâtından Câmi-i Vasat Mahallesi sâkinlerinden Avaz Beşe b. Mahmud Beşe nam racul meclis-i şer'î şerîf-i enverde yine mahalle-i mezbûre sâkinlerinden iken Abbas Üçakçeoğlu demekle ma'rûf Hasan b. Mehmed nam şâki muvâchesinde üzerine dava ve takrîr-i kelâm edip mezbûr Hasan reîsü'l-eşkiyâ ve kuttâ'u't-tarik olup işbu tarih-i kitap günü duha vaktinde sû-i kasd ile menzîlim dâhiliyesine ehl ve iyâlim üzerine yedinde âlet-i cerihadan yatağan ta'bir olunur âlet ve taarruzun ile dâhil ve üzerimize hücum ve katl eyleyip ırzını hedm ve malımı izâat ve hasâret-i azîmeye girift etmiştir sâi bi'l-fesad fi'l-arz vâcibü'l-katl ve vâcibü'l-izâle şâkiden suâl olunup mücib-i şer'îsi icrâ olunmak matlûbumdur dedikte gibbe's-suâl akibü'l-inkâr müdde'i-i mezbûrdan iddiasını mübeyyin beyyine talep olundukta udûl-ı ahrâr-ı ricâl-i müsliminden olup mahalle-i mezbûre ahâlîlerinden (on yedi isim) nam kimesneler meclis-i ma'kûd-i mezbûra hâzırûn olup her biri şâki-i mezbûr muvâchesinde edâ-yı şahâdet eylediklerinde ve merhûm Şeyhülislâm Sunullah Efendi hazretlerinden “**Zeyd-i sipahi sefer-i hümayunda iken Amr Zeyd'in evini basıp ehl ve iyâli üzerine dâhil olup her birini katl ile tahvîf edip Zeyd'in bu cariyesini alıp izâat ile Amr'a ne lazım olur?**” diye istiftâ olundukta “**Cevab-ı bâ-savâblarında âlet-i harbiyle bastı ise kuttâ'u't-tarik ahkâmı icrâ olunur.**” diye iftâ buyurup ve yine merhûm müşârûn-ileyh hazretlerinden “**Zeyd birkaç eşkiyâ ile nisfu'l-leylde âlet-i harbiyle Amr'ın evini basıp emvâl ve erzâkını nehb ve gâret eyleseler mezbûrlara ne lazım olur?**” diye istiftâ olundukta “**Cevab-ı bâ-savâblarında emr-i veliyyü'l-emr ile katl olunur.**” diye iftâ buyurup yine merhûm Şeyhülislâm Ali Efendi hazretlerinden “**Zeyd'in zulm âdet-i müstemirresi olup sâi bi'l-fesad olduğu şer'an sabit olsa Zeyd'in emr-i veliyyü'l-emr ile katli meşru mudur?**” diye istiftâ olundukta “**Cevab-ı bâ-savâblarında meşrudur.**” diye iftâ buyurup ve yine merhum (silik) hazretlerinden “**Eşkiyâ ve reîs olup belde-i İslâmiyyede müsliminin zulmen mallarını alıp ve aldırıp bu ma'kûle zulm ve teaddî âdet-i müstemirresi olup sâi bi'l-fesad olan şâki ahz olunup kadıları def' için katl olunmak üzere hüccet verdikte Amr-ı vali Zeyd'i katl ile Amr'dan Zeyd'in veresei bir nesne almağa kadir olur mu?**” diye istiftâ olundukta “**Cevab-ı bâ-savâblarında olmazlar.**” diye iftâ buyurup fetâvâ-yı mezbûrûna binâen şâki-i mezbûr Hasan'ın bi-hasebiş-şer'î-i şerîf katli evceb-i vücûb ile vâcib idiği mütekarîr...1124/1712.” Edremit Şer'iyeye Sicilleri, d.no. 1229, h.no. 4/4. Akt., Tuğba Ayas, 1229 Numaralı Edremit Şer'iyeye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Balıkesir 2015, s. 43.

37 Sahnûn, Abdüsselâm b. Said et-Tenûhî, *el-Müdevenetü'l-kübrâ*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1994, VI,

Osmanlı fetva mecmualarında ise Ebû Yûsuf'un şehir içinde de hırabe suçunun gerçekleşeceğine dair görüşü benimsenerek bu yönde fetvalar verilmektedir.³⁸ Bu örnekte kadı, farklı hükümler ihtiva eden fetvaların hepsini mahkeme defterine kaydederek idam kararını gerekçelendirmektedir.

1714 tarihli Antep mahkemesi kadı defterindeki bir kayıta, Abdullah Beşe isimli yeniçeriye, Ahmet'in nikâhlı eşi Ayşe'yi kandırarak kendi evinde birkaç gün tutarak Ahmet'e hanımını zorla boşattırması ve parasını da almasının yanısıra insanların mallarına ve ırzlarına saldırı alışkanlığı olmasından dolayı mahkeme defterine, fetva suretleriyle beraber fetva kitaplarının ismi de yazılarak suçlunun idam edilmesine karar verilmektedir.³⁹

1902 tarihli Antep mahkemesi kadı defterindeki bir kayıta, Allah'a ve Peygamber'e söven Şekerci Ali mahkemeye şikâyet edilerek hakkında alınan, mürtedin tövbesinin kabul edilmeyeceği ve idam cezası uygulanması gerektiği şeklindeki fetva mahkeme karar defterine de yazılarak suçlunun idam edilmesine hükmedilmektedir.⁴⁰

303; Kâsânî, Alâüddin Ebû Bekir b. Mesûd, *Bedâi'ü's-sanâi' fi tertibiş-şerâi'*, Dâru'l-Fikr, Beyrut ts. VII, 91; İbn Âbidin, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdilaziz el-Hüseynî ed-Dımaşkı, *Reddü'l-muhtâr ale'd-dürri'l-muhtâr*, Dâru Âlemi'l-Kütüb, Riyad 2003, III, 213; *Mv:f. (el-Mevsuatü'l-Fikhiyye)*, "Hırabe", Kuveyt Vakıflar Bakanlığı Yayınları, Kuveyt 1983-2011, XVII, 153-158; Bardakoğlu, Ali, "Eşkiya", *DİA*, İstanbul 1995, XI, 463-465.

38 Düzdağ, M. Ertuğrul, *Şeyhülislâm Ebüssuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı*, Enderun Kitapevi, İstanbul 1972, s. 151.

39 "Medine-i Ayntab'ta Çukur mahalle sükkânından... Abdullah Beşe merkûm Ahmed'in zevce-i menkûhası Ayşe nam hatunu idlâl ve kendi hanesine kapatıp cebren ıtlâk ettirip ba'dehû mezbûr Abdullah Beşe merkûm Ahmed'in bizim huzurumuzda mukaddemâ zevcin Ayşe'ye otuz beş gurusu harç ve sarf eyledim diye cebren otuz beş gurusunu dahî aldı biz bu hususa bu vech üzere şahidlerimiz şahâdet dahî ederiz diye her biri edâ-yı şahâdet-i şer'îyye eylediklerinde ba'de't-tadîl ve't-tezkiye şahâdetleri kabûlde vâkı' olup mahalle-i mezbûre ahâlisinden (sekiz isim) ve sâir cem'-i gafır kimesneler li-ecli'l-ihbâr meclis-i şer'â hâzırın olup gibbe'l-istihbâr fi'l-vâkı' mezbûr Abdullah Beşe kendi halinde olmayıp gecelerde âlet-i harble gezip sâi bi'l-fesad muzırın-nâs...vâcibü'l-izâle şakîdir diye muvâcehesinde her biri alâ tarîkiş-şahâde haber verip kütüb-ü fikhiyye-i mu'tebereden Fetâvâ-yı Hayriyyede "Müfsid sâi fi'l-arz bi'l-fesad ve yücebu icâbü'l-katl..." Fetâvâ-yı Vâkıat'ta "el-Mekabirun bi'l-leyl fi'l-mısır bi-menzileti kuttâ'ut-tarik..." diye musarrih olmağın mücibiyle ba'de'l-hüküm mâ-vakaa bi't-taleb ketb olundu.1126/1714." GŞS, d.no. 65, h.no. 97. Akt., Karaçağlayan, Naime Yüksel, *1714-1715 Tarihleri Arasında Gaziantep'te Sosyal, Siyasi ve İktisadi Yapı (65 Numaralı Gaziantep Şer'îyye Sicili Metin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi)* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kilis 2011, s. 215.

40 "Ayntab mahallâtından Kürkcüyan Mahallesi ahâlisinden (dört isim) nam kimesneler meclis-i şer'-i münirde Şekerci Ali b. Mehmed muvâcehesinde... mağarabaşı kahvehânesi kurbunda işbu merkûm Şekerci Ali'ye mezbûr Mehmed mahalle-i mezbûre sibyan-ı müslimîn ile beraber oturdukları halde sibyan-ı merkûmün işbu mezbûr Şekerci Ali'ye dolaşıp latife ve melâibe lehv yaptıkları esnâda merkûm Şekerci Ali onların muâmelât-ı lehviyyesinden huylanıp gazabla sibyan-ı merkûmuna hitaben "sizin Allâh'ınızın ve Peygamber'inizin dini" diye cima lafıyla sebb ü şetm eylediğine Medine-i Ayntab'ın Kürkcüyan Mahallesi ahâlisinden (dört isim) nam kimesneler hasbeten lillâhi teâlâ şahâdet eyledikleri cihetle şühûd-u merkûmün mensûb oldukları cânibten led'e't-tezkiye adâletleri sabit olduğu halde zirde muharrer **nükûl-u**

Bazı kayıtlarda dava konusuyla alakalı fetvayı müftüden kadı istemektedir. Örneğin 1739 tarihli Konya mahkemesi kadı defterindeki bir kayıtta, Konya'da ikamet eden Mustafa'ya, Aziz İmamoğlu Mustafa isimli şahsın gece vakti evine girerek livata yapması, olayın mahkemeye intikal etmesi, şahitlerin şahıs hakkında bu tür ırza saldırı âdet-i müstemirresi olduğuna şahitlik yapmalarının akabinde kadı, şehir müftüsünden dava konusuyla alakalı fetva istemektedir. Livata alışkanlığı olanın siyaseten katledileceğine dair verilen fetva sureti mahkeme defterine kaydedilerek suçlunun idam edilmesine karar verilmektedir.⁴¹

1752 tarihli Antep mahkemesi kadı defterindeki bir kayıtta, kadı, ev ve iş yerlerini soyma alışkanlığı olan Halil hakkında şehir müftüsünden fetva istemektedir. Müftüden alınan, hırsızlık alışkanlığı olanın siyaseten katledileceğine dair fetva sureti mahkeme defterine kaydedilerek suçlunun idam edilmesine karar verilmektedir.⁴²

şerîfe ve fetvâ-yı münîfe muktezâsı ve ulemâ ve fukahâ-yı beldenin dahi kararı üzere merdûd-ı merkûmun tövbesi şer'an kabûl olmadıġından...nükûl-u şerîfelerin beyan buyurduġu ahkâm-ı ilâhiyyenin tenfizi lazım geleceġi... "İzâ sebbe's-resûle aleyhi's-salavât ve's-selâm ev vâhiden mine'l-enbiyâ aleyhimu's-selâm fe-ennehû yuktelu hadden ve lâ-tevbeten lehû aslâ...Neticetü'l-fetavâ el-faslu fi'l-mürted" diye cevaben iftâ ve işâr olunduġuna binâen...şâtim-i merdûd-u mezbûr Ali'nin tövbesi şer'an kabûl olma- maġın mûcibiyle mezbûr Ali'nin katli ile hükûm olunduġu tescil ve Ayntab mahkeme-i şer'iyyesinden huzûr-u âlilerine arz u i'lâm olundu...1902." GSS, d.no. 121, h.no. 126/15. Akt., Çalışkan, Adem, *159 Numaralı Ayntab Şer'iyye Sicili'nin Transkripsiyonu ve Deġerlendirilmesi (H.1319-1323/M.1903-1907)* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gaziantep 2011, s. 330.

41 "Konya'da Şeyh Ali Mahallesi sükkânından Aziz İmamoġlu Mustafa b. Hacı Abdülkadir nam meclis-i şer'-i âlide yine mahalle-i mezbûre sükkânından Dal Ahmedoġlu Mustafa nam kimesne üzerine dava ve takrîr-i kelâm edip tarih-i kitabdan dört gün mukaddem mezbûr Mustafa yanında beş nefer refiki ile mahalle-i mezbûrede vâkı' menziline gece ile girip nâim olduġum oda içinde üzerime hücum ve boġazımı sıkıp bana livata ve tasarruf etmeleriyle ol hinde kesemde olan yetmiş kuruşluk akçemi dahi almışlar idi mezbûr Mustafa daima ibâdullâhın ehl ve iyallerine taarruz ve sû-i kâd âdet-i müstemirresi olup... Aziz İmamoġlu Mustafâdan müddeâsına mübeyyin beyyine talep olundukta udûl-u müsliminden İsa Beşe b. Hasan Beşe ve Veli Beşe b. Süleyman nam kimesneler li-ecliş-şahâde meclis-i şer'de hâzırân eserü'l-istişâd fi'l-vâkı' mezbûr Dal Ahmedoġlu Mustafa yanında beş nefer refiki ile merkûm Aziz İmamoġlu Mustafâ'nın mahalle-i mezbûrede vâkı' menziline gece ile girip merkûm Mustafâ'ya livata ve tasarruf eyledim diye bizim huzurumuzda ikrâr eyledi ve mezbûr Mustafa kendi halinde olmayıp daima ibâdullâhın ehl ve iyallerine taarruz ve sû-i kâd âdet-i müstemirresi olup sâi bi'l-fesad üzere olduġuna biz şahidiz şahâdet dahi ederiz deyi her biri edâ-yı şahâdet-i şer'iyye eylediklerinden sonra...medine-i mezbûrede me'zûn bi'l-iftâ olan İbrahim Efendi hazretlerinden husus-u mezkûr için istiftâ olundukta müşârun-ileyh dahi vech-i meşrûh üzere "Şekâveti ve sâi bi'l-fesad olduġu şer'an zâhir ve mütehakkık olan zide şakinin emr-i veliyyülemr ile katli meşru mudur?" diye suâl olundukta "Cevabında meşrudur." diye bir kıta fetvâ-yı şerîfi vermeleriyle ber mûcib-i şahâdet-i şer'iyye ve ihbâr ve ber mantûk-u fetvâ-yı şerîf ile mezbûr Dal Ahmedoġlu Mustafâ'nın siyaseten katli meşruiyetine ba'de'l-hükûm mâ-vakaa bi't-talep ketb olundu. 1151/1739." Konya Şer'iyye Sicilleri, d.no. 54, h.no. 158/2. Akt., Sevcî, Hatice, *54 Numaralı Konya Şer'iyye Sicili'nin (1-190) Deġerlendirme ve Transkripsiyonu (1150-1152/1738-1740)* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 2011, s. 522.

42 "Ayntab'ta Hüseyin b. Mehmed nam kimesne meclis-i şer'a...el-Hac Halil b. Mehmed nam şakî mahzarında üzerine dava ve takrîr-i kelâm edip tarih-i kitab gecesî kale altında vâkı' tütüncü dükkanımı işbu mezbûr Halil açıp ve derunundan malımı sirkat eder iken ahz olunup bundan mâ-adâ mezbûr Halil Hacı Muhsinoġlu Ömer'in dükkanını refiki Culahoġlu ile açıp derunundan malını sirkat eylediklerinde refiki

3- ÜST MAHKEME (DİVAN-I HÜMAYUN) DEFTERLERİNDE BULUNAN FETVALAR

Divan-ı Hümayun kararlarının yazıldığı defterlerin çeşitli isimleri vardır. İdari, askeri vb. yanında ceza kararlarında yazıldığı defterlere mühimme,⁴³ sadece ceza kararlarının olduğu defterlere nefy⁴⁴ ve kalebentlik⁴⁵ defterleri denilmektedir.

Divan-ı Hümayun kararları mühimme defterlerine kaydedilerek İstanbul merkezinde kayıt altına alınmasının yanısıra bazı kararlar yerel mahkemelere de gönderilmektedir.

Osmanlı ceza hukukunda fetvalar, sadece yerel mahkemede görülen ceza kararlarına yön vermemekte aynı zamanda Divan-ı Hümayun ceza kararlarında da etkili olmaktadır. Divan-ı Hümayun'da davalar ya şahısların bizzat başvurusu ya da kaza yöneticileri veya yerel mahkemelerin ellerindeki davaları divana havale etmeleri şeklinde başlar.

Bazen davacılar iddialarını desteklemek için aldıkları fetvaları da şikâyet konusu olayla beraber Divan-ı Hümayun'a sunmaktadır. Mühimme defterlerinde davacı tarafın getirdiği fetvaya dayanılarak verilen hükümlere rastlanmaktadır. Örneğin 1568 tarihli mühimme defterindeki bir kayıta, Beypazarı'nda ikamet eden Ergayib eşkiyalık yaptığı ve ağzından küfür sözleri çıktığı iddiasıyla divana şikâyet edilmektedir. Zanlı hakkında alınan katl fetvası da divana sunulmaktadır. Divan da ilgili iddiaların beyinelerini de dikkate aldıktan sonra fetva gereğince suçlunun idam edilmesine karar vermektedir.⁴⁶

mezbûr ahz ve salb olunup kendi firar ve ba'de ikrâr ile sabit ve Tevbe Mahallesinden es-Seyyid el Hac Mehmed'in bakkal dükkanını açıp bakkala müteallik eşyasını sirkat edip bunlardan mâ-adâ gecelerde âlet-i harb ile gezip ibâdullâhın menzilin ve dükkanlarını açıp emvâlini sirkat etmek âdet-i müstemirresi olup...Kayacık Mahallesinden İmam Molla Ebu Bekir b. Mehmed...nam kimesnelerin ve sâir zeyl-i rakimde muharrerü'l-esâmî meclis-i şer'a hâzırûn olup eserü'l-istişhâd fi'l-hakika işbu mezbûr el-Hac Halil birkaç seneden beri ibâdullâhın dükkanlarını ve menzillerini açıp sirkat âdet-i müstemirresi olduğuna her biri edâ-yı şahâdet-i şer'îyye eyledikte hâlâ medine-i mezbûrda me'zûn bi'l-iftâ olan faziletli es-Seyyid Mehmed Efendi'den "Sirkati sabit olan zide sâriki hâkimü'ş-şer'in siyâseten katl eylemesi meşru olur mu? Cevab-ı bâ savâbında Allâhu teâlâ a'lem olur"...ber mücib-i fetvâ-yı şerife şakî-i mezbûrun emr-i veliyyüemr ile katl ve tertib-i cezasına...1165/1752." GŞS, d.no. 109, h.no. 261. Akt., Karasakal, Mehmet, *109 Numaralı Ayntab Şer'îyye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (H.1165/M.1752)* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gaziantep 2010, s. 376.

43 Mühimme defterleri, Divan-ı Hümayun'da kararlaştırılan ve padişahın onayından geçen ferman suretlerinin kaydedildiği defterlerdir. Bu defterlerde Osmanlı Devleti'nin merkez ve taşra teşkilatının idari yapısı ve çalışma şekilleri, devlet-tebea ve devlet-esnaf münasebetleri, imar, iskan ve iktisat siyasetleri, iç siyaset, isyanlar ve bastırılma şekilleri, askeri tarih, strateji, dış siyaset ve yabancı devletlerle olan ilişkilerle alakalı kayıtların yanısıra yargı kararlarına ait kayıtlar da bulunmaktadır. Kütükoğlu, Mübahat S., "Mühimme Defteri", *DİA*, İstanbul 2006, XXXI, 520.

44 Nefy Defteri, Divan-ı Hümayun tarafından verilen sürgün cezalarının kaydedildiği defterlerdir.

45 Kalebent Defteri, Divan-ı Hümayun tarafından verilen kalebentlik cezalarının kaydedildiği defterlerdir.

46 "Müşârun-ileyhe hüküm ki: Beğpazarı kazasında yörük tâifesinden Ergayib nam kimesne...harâmîlik eder; fesadının nihayeti yoktur diye müslümanlar haber verip ele getirilip ahvâli tafahhus olundukta "Ya-

1572 tarihli mühimme defterindeki bir kayıta, Mahmud Divan-ı Hümayun'a başvurarak komşuları ile arasındaki anlaşmazlığın daha önce mahkemede karara bağlanması ve ellerine mahkeme kararının verilmesi ve bu anlaşmazlık konusunun çözümünde ellerinde fetva da olmasına rağmen komşularının mahkeme kararına uymadığını bildirmektedir. Divan-ı Hümayun şer'le (fetva gereği) lazım gelenin icra edilmesini emretmektedir.⁴⁷

Bazen kadılar da şahsi davaları için müftüden aldıkları fetvayı divana sunmaktadırlar. Örneğin 1572 tarihli mühimme defterindeki bir kayıta, Kütahya kadısı Muslihiddin, müftüden aldığı fetva ile Eceoğlu İlyas'la olan şahsi davasının görülmesi için divana başvurmuştur. Divan, şahıs hakkında müftünün verdiği idam fetvasının yerine getirilmesini emretmektedir.⁴⁸

1578 tarihli mühimme defterindeki bir kayıta, fasid nikâh yapan Gazi'nin yaptığı nikâh fetva gereği tefrik edilmektedir. Nikâhlanan Gazi, kardeşi ve babası hapsedilmektedir. Bu durumla ilgili tekrar müftüden fetva istenmektedir. Müftü, Gazi'ye ta'zîr-i belîğ⁴⁹ cezası ve Saliha'ya mihr-i misil ödemesi yönünde fetva vermektedir. Divan-ı Hümayun fetvanın gereğinin yerine getirilmesini emretmektedir.⁵⁰

ramazdır. Dediklerinden eşedir ve hem kendisinden kelime-i küfr sâdır olmuştur. Elegirmeyip hakkında icrâ-yı şer' olunmamıştır. **Katlolunmasına fetvâ-yı şerîf vardır.**" diye **fetvâ-yı şerîf** ve sâbıkâ olan sicili irâd edip ve bi'l-muvâcehe udûl-u müsliminden cem'-i kesir yaramazlığına şahâdet edip haber verdikleri sicil olunup...İmdi: Mezbûr küfr-gûy (küfür söyleyen) ihrâk bi'n-nâr (yakarak ölüm cezasını infaz) olunmasın emredip buyurdum ki: Vusul buldukda, mezbûru ihrâk bi'n-nâr edip emrim yerine vardığın yazıp arzeyelesin. 975/1568." BOA.MD (Başbakanlık Osmanlı Arşivi Mühimme Defterleri), d.no. 7, h.no. 226. Akt., BOADB (Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı), *7 Numaralı Mühimme Defteri*, Ankara 1998, s. 120.

47 "Silivri kadısına ve Çatalca üstadına hüküm ki: Hâlâ sipahioğlanlarımdan Darendede Mahmud gelip; "nefs-i Çatalca'da vâkı' olan evinin ahır kurbunda olan mezbeleliği hususunda bundan akdem hem-civârı olan Ayişe ve Hasan nam kimesneler ile nizâ olup emr-i şerîfimle defaat ile murafaâ-i şer'-i şerîf olup hak bunun olduğu şer'le sabit olup buna hükmolunup huccet verilip faslonunmuş iken hâlâ mezbûr Ayişe'nin oğlu Ali nam kimesne nizâdan hâli olmayıp hizmetkârların döğüp taşra çıkartmayıp ve kendiyi şer'a muhâlif şetmedip ve duvarının taşların alıp kendi havlusuna iletip envâ-i teaddi eylediğin ve **bu babda ellerinde fetvâları olduğunu...**ol babda şer'le lazım geleni icrâ edip...yarar âdemlere koşup Südde-i Saadetime gönderesiz ki, küreğe konula. 979/1572." BOA.MD, d.no, 12(II), h.no. 1151. Akt., BOADB, *12 Numaralı Mühimme Defteri*, Ankara 1996, s. 240.

48 "Lalaya ve Alaşehir kadısına hüküm ki: Kütahya kadısı Mevlana Muslihiddin mektup gönderip Alaşehir kazasına tâbî Küçükşeyhli nam karyede sâkin Eceoğlu İlyas b. Mustafa nam kimesne ile kavga edip şer'a davet ettiği için ağzına ve avradına hâşâ şeriat ve şeriatı ihdâs edenin ağzına ve avradına ve dinine...edip... benim diye...ettiği şer'le sâbit olup **müftü'l-enâm mezbûrun hakkında katli lazımdır diye fetvâ verdiği** bildirip...**muktezây-ı fetvâ-yı şerîfle amel edip** emr-i şer' ne ise edâ eyleyesin...979/1572." BOA. MD, d.no. 10, h.no. 280. Akt., Çakır, İbrahim Ethem, *10 Numaralı Mühimme Defteri Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (s.179-356)* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Erzurum 2006, s. 50.

49 Bu kavramı Şeyhülislâm İbn-i Kemal "Ta'zîr-i belîğ nedir? Cevab: Her kimsenin haline münasip ta'zîr-i belîğ vardır. Ol hususta rey kadınıdır. Yüz değneğe dek ta'zîrdir, haps-i medid dahi ta'zîrdir." diyerek açıklamaktadır. Akt. İnanır, Ahmet, *İbn Kemal'in Fetvaları Işığında Osmanlı'da İslam Hukuku* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2008, s. 281.

50 "Timışvar beğlerbeğisine Timışvar ve Lipova kadılarına hüküm ki: Saray-ı Âmirem kethüdası olan Os-

Bazı kayıtlarda kadının, mahkemede gördüğü dava hakkında müftüden aldığı fetvayı divana göndererek son kararın verilmesini talep ettiğini görmekteyiz. Örneğin 1617 tarihli mühimme defterindeki bir kayıtta, herkesin geçtiği anayol üzerine kahvehane ve duhanhane (tütün içilen mekân) ihdas edilerek yoldan geçen erkek ve kadınlara laf atılarak sarkıntılık yapılması ve kötü insanların toplanma yeri haline gelen bu binaların durumu hakkında kadı, müftüden fetva istemektedir. Kadı aldığı fetvayı divana sunmaktadır. Divan da fetva gereğince binaların yıkılmasını emretmektedir.⁵¹

Divan-ı Hümayun bazen yerel mahkemeden gelen dava ile ilgili kararını vermeden önce şeyhülislâmdan fetva istemektedir. Daha sonra fetvanın gereğinin yapılmasını yerel mahkemeye emretmektedir. Örneğin 1617 tarihli mühimme defterindeki bir kayıtta, eşkiya gruplarına yardım yataklık yapmasının yanısıra halkı yalan isnadlarla ehl-i örfe şikâyet ederek paralarını alması veya aldırmasından dolayı Havran Ferma isimli zimmî hakkında divan, şeyhülislâmdan fetva istemektedir. Şeyhülislâmın, suçluya sürgün cezası uygulanacağına dair verdiği fetvanın tatbik edilmesi yerel mahkemeye emredilmektedir.⁵²

man gelip hemşiresi olan Saliha nam kızın velâyeti kendiye müttahid iken müşârun-ileyhin izn ü icâzeti olmadan Seydi nam sipahinin oğullarından Gazi nam kimesne hile ve hud'a eyleyip validesi bana nikâh ile vermiştir diye evine alıp kendini husûsun teftîşi için sâbıkâ gönderilen hükm-ü şerifim mücibince Sudak Beyi ile siz ki kadırsız teftîş eyleyip fi'l-vâkı' nikâhu fâsîd olduğu, verilen fetvâ-yı şerife muktezâsınca sâbit olmağın şer'le tefrîk olunup mezkûre hemşiresi bâdehü defter kethüdası olan Ahmed Kethüda ona emanet konup ve mezbûr Gazi ve karındaşı Mustafa ve babası Seydi habs olunduğun mektublar ile i'lâm eylediklerinde tekrar bu husus müftiye istiftâ olunup mezbûr Gazi'ye ta'zir-i belîğ ve mehr-i misli lazım olur ve mehr-i müsemâdan tecâvüz eylemez diye fetvâ-yı şerife verildiği i'lâm eyleyip fetvâyı aynı ile ibrâz eyleyip davasından ferâğat edip bi-hasebiş-şer' edâsı lazım olan yirmi bin akçe mehr-i muacceli edâ eylediklerinden sonra itlâk olunmaların rica etmeğın buyurdum ki; Vusul buldukta mezkûrları ihzâr eyleyip dahi âdemi elinde olan fetvâ-yı şerifeye nazar eyleyip göresin bi-hasebiş-şer' hemşiresine edâsı lazım olan mehr-i muacceli müşârun-ileyhdan alıp itlak eylesin. 986/1578." BOA.MD, d.no. 34, h.no. 56. Akt., Eren, Yunus, 34 Numaralı ve H. 986/1578 Tarihli Mühimme Defteri (1-164) (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2011, s. 34.

51 "Edirne kadısına hüküm ki: Mahmiye-i mezbûrda Üçşerefeli kurbunda Timürdaş Mahallesi'nin ahâlisi Südde-i Saadetimê gelip şöyle i'lâm eylediler ki; "Mahalle-i mezbûrda bir vakıf eve muttasıl bazı kimesneler kahvehâne ve duhanhâne bina edip tarik-ı âmm üzere olmağla içine nice eşhâs cem' olup içinde duhan içip önlerinden geçen ricâl ü nisvâna söz atıp ehl-i ırzı ta'ciz ü teaddi etmekten hâli değillerdir. Zikrolunan kahvehâne ile duhanhânenin ref'ı lazım gelmiştir. Şöyle ki; "Ref' olunmaz ise Müslümanların ehl-i beyti geçmekden kalır." diye istiftâ olundukta; "Hâkimü'ş şer' ref' etmek lazımdır." diye eline fetvâ-yı şerife verildiğın bildirip mücibince amel olunmak babında emr-i şerifim rica etmeğın buyurdum ki: Vusul buldukta, bu babda vech-i meşrûh üzere verilen fetvâ-yı şerif mücibince zikrolunan kahvehâneyi ve duhanhâneyi ref' ettirip emrime muhâlif teallül ü inâd ettirmeyesin.1026/1617." BOA.MD, d.no. 82, h.no. 185. Akt., BOADB, 82 Numaralı Mühimme Defteri, Ankara 2000, s. 124.

52 "Sen ki kadı-ı müşârun-ileyhsin, Südde-i Saadetimê mektup gönderip; "bundan akdem Şam-ı Şerif'de Nasârâ tâifesine Patrik olan İlyas'ın karındaşı Havran Ferma nam zimmî daima şirret ü şekâvet üzere olup kuttâ'ut-tarik ve haram-zâde yatağı olduğundan mukaddema hakkında defaatle evâmir-i şerife vârid olmuşken bir tarikla halas olmağla geri ehl-i örf tâifesiyle ihtilât edip fukarâ hakkında nice mevâd isnâd eyleyip gamz etmekle hılâf-ı şer'-i şerif küllî akçelerinin kimini kendi alıp ve kimini dahi aldırmağa bâis olup bunun emsâli zulm ü

1630 tarihli mühimme defterindeki bir kayıttta da divanın, halkın parasını alan Konrapa Kadısı Hacı isimli şahıs hakkında şeyhülislâm tarafından verilen azl cezasının uygulanması emredilmektedir.⁵³

1700 tarihli Lefkoşe mahkemesi kadı defterindeki bir kayıttta, Divan-ı Hümayun sahte belge düzenleyen Hayrullah hakkında Şeyhülislâm Feyzullah Efendi'den fetva istemektedir. Şeyhülislâmın suçlunun sürgün ve kalebent edilmesi gerektiği yönündeki fetvasının uygulanması emredilmektedir.⁵⁴

1719 tarihli mühimme defterindeki bir ferman suretinde, divan, sabık kazâsker olan Çivizade Ataullah'ın söylediği uygun olmayan sözlerle alakalı Şeyhülislâm Abdullah'tan fetva istemektedir. Fetva gereğince Çivizade'nin sürgün edilmesi kararı ferman düzenlenerek kendisine tebliğ edilmektedir.⁵⁵

1791 tarihli kalebent defterindeki bir hatt-ı hümayun suretinde, İstanbul ve çevresinde meyhane açılması ve müslümanlara içki satılması şeyhülislâm dan ve-

teaddisinin nihayeti olmamağla fukarânın mecali kalmayıp...şöyle ki; "Mezbûr nefy-i beled olunmaya cümle fukarânın celâ-yı vatan etmeleri mukarrerdir." diye tezallüm ettiklerinde ahâli-i mahalleden keyfiyet-i ahvâlî suâl olundukta mezbûrun vech-i meşrûh üzere teaddisi olduğu ihbâr eylediklerin" bildirip husus-u mezbûr şeyhülislâm dan istiftâ olundukta nefy-i beled olunmasına fetvâ-yı şerif verilmeğün, mezbûr zimmiyi fetvâ-yı şerif mücibince nefy-i beled edip kale-i mezbûra gönderip iskân ettiresin. 1026/1617." BOA.MD, d.no. 82, h.no. 191. Akt., BOADB, 82 Numaralı Mühimme Defteri, s. 128.

53 "Zülkadriyye Beğlerbeğisi ve Bolu Kadısına hüküm ki: Sen ki Mevlânâ-yı mûmâ-ileyhsin, Südde-i Saadetimê mektup gönderip; Kaza-i Konrapa ahâlisinden Sefer Reis ve Mustafa ve Abdülbaki ve sairleri meclis-i şer'-i şerife varıp; "Konrapa kadısı olan Mevlana Hacı zimmetinde mezbûrların ve sair ahâli-i kaza-i mezbûrun hukûk-u şer'iyyeleri olup alıverilmek için sana hitaben hükm-ü hümayunum gönderilmekle kaza-i mezbûrda akd-i meclis olunup Mevlânâ-yı mezbûr Hacı meclis-i şer'a davet olundukta, itaat-i şer'-i şerif etmeyip firar edip bu takdirce **Mevlânâ-yı mezbûra şer'an azl lazım gelir idiğine şeyhülislâm dan fetvâ-yı şerife varid olmağın...**şer'le hakkında lazım geleni icrâ eyleyesiz. 1040/1630." BOA.MD, d.no. 85, h.no. 369. Akt. BOADB, 85 Numaralı Mühimme Defteri, Ankara 2002, s. 226.

54 "Kıbrıs cezaresinde vâkıf Magosa kalesi dizdarı...sâbıkâ Rumeli kadiaskerim olan Mirza Mustafa'nın tezkerecisi Hayrullah mûmâ-ileyh Mirza'nın hatmiyle mahtûm bilâ-işâret mulâzemet tezkereleri mulâzemet mezbûreyin medrese kağıtları vermekle bir kaç ele getirilip onlardan gayrı on iki aded mulâzemet-i mesrûka defterlerinde mestûr bulunub bu vechle mezkûr mûmâ-ileyhin cezası tertib olmak lazım gelmekle **Magosa kalesinde kalebent ve tağrib olunmak üzere bî'l-fil şeyhülislâmın olan Mevlânâ es-Seyyid Feyzullah edâmallâhu teâlâ işâret etmekle işâretleri mücibince vech-i meşrûh üzere amel olunmak emrim olmuştur buyurdum ki mezbûr Hayrullah'ı kale-i mezbûrede kalebent edip...**1110/1700." Lefkoşe Şer'iyye Sicilleri, d.no. 8, h.no. 416. Akt., Salman, Somer, *Lefkoşe'nin 8 Numaralı Şer'iyye Sicili Transkripsiyon ve Değerlendirme* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir 2010, s. 466.

55 "Sâbıkâ Anadolu kazâskeri olan Çivizade Ataullah'a hüküm ki: Sen ki Mevlânâ-yı mûmâ-ileyhsin senin lisanından kibâr-ı ulemâya layık olmayan arzların hetk iktizâ eder kelimât sarf etmekle sana tedîb ve saire sebep-i ibret olmak için arpalığın olan Mihaliçe iclân (sürgün) olduğu hâlâ şeyhülislâm ve müftü'l-enâm olan Mevlânâ Abdullah edâmallâhu teâlâ fedâiluhü işâret etmekle çavuşlar mübâşeretiyile Mihaliçe varıp orada ikamet eylemek babında fermân-ı âlişânım sadır olmuştur.1130/1719." BOA.MD, d.no. 124, h.no. 306. Akt., Bıyık, Ömer, *124 Numaralı Mühimme Defteri (H.1128-1130)* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir 2001, s. 309.

rilen fetvaya uygun şekilde emr-i şerifle yasaklanmaktadır. Bu yasağa uymayan Niyaki isimli zimmîye sürgün cezası uygulanmaktadır.⁵⁶

1826 tarihli bir kayıтта, cenin düşürmek için hamile kadınlara ilaç veren ve bu arada bazı kadınların da ölümüne sebep olan ebelik yapmakla tanınan kadınların bu fiili işlememeleri, işledikleri takdirde cezalandırılacakları yönünde fetva alınarak emr-i hümayun yayınlanmaktadır. Bu fetvaya binaen suçlu üç ebeye sürgün cezası uygulanmaktadır.⁵⁷

Kayıtlarda bazen fetvanın kim tarafından istendiği veya müftüden mi şeyhülislâmdan mı alındığı açıklanmadan sadece fetvanın gereğinin yerine getirilmesi istenmektedir. Örneğin 1584 tarihli mühimme defterindeki bir kayıтта, topluma zarar verecek suçları işleyen fesad ehli olan (sâî bi'l-fesad) Abdülhay isimli şahsa, hakkında alınan fetva gereğince sürgün cezası verilmektedir.⁵⁸

56 “Rikâb-ı hümayunumda çavuşbaşı olan Mir Mehmed Said ve Sisam Adası naibine hüküm ki: Emr-i bi'l-ma'rûf ve nehy-i ani'l-münker muktezâsı hasebiyle ümmü'l-habâset olan hamr ve arak (rakı) ve emsâli müskirâtın isti'mâli zümre-i ehl-i İslâmdan men' ve def' olunmak irade-i kat'iyesiyle Âsitâne-i Saadet ve havâlisinde vâkı' mecmu' meygede (meyhâne) ve kolluklar **taraf-ı şeyhülislâmdan verilen fetvâ-yı şerife** ve şeref-yafte-i sudûr olan hatt-i hümayun-ı şevket-makrûnum müciblerince sâdir olan evâmîr-i şerifem mantûk-ı münîfleri üzere bundan akdem ser-medine ve bâ'de'l-yevm zikr olunan meygede ve tevkiflerin biri açılmaması ve ehl-i İslâma katre-i vâhîde hamr ve arak ve emsâli olan müskirâtın verilmemesi müceddeden nizam-ı kaviyye rabt olunmuş iken ve bu nizamın vikâyesine (korunma) leyl ve nehâr memurlar taraflarından sa'y ve ikdâm olunmakta idiği zâhir iken Galatâda meyhâncilerin sergerdesi Araboğlu Niyaki nam zimmî kendi halinde durmayıp nizam-ı mezkûrun ihtilâlini mücib olacak muğâyir-i emr ve rıza ortallığa bazı gûna (tarz, gidiş, yol) ahval ve erâcifet neşriyle haddinden câzim umûra tasaddî eylediğinden başka ve memnu' olan envâi müskirâtın hafiyyen ahz ve i'tâ ve bey' ve şirâsı hususuna dahî cesâret etmekle mesfûrun tedbîbi lazım gelmeğın mesfûr Araboğlu Niyaki zimmî iyâl ve evlâdıyla Sisam Adası'nda katle bedel menfiyyen meks ve ikâmet ettirip...1205/1791.” Baytimur, Suha Oğuz, *25 Numaralı Kalebend Defteri (1205 / 1790-1791)* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Elazığ 2005, s. 205.

57 “Âsitâne-i Âliyede ehl-i İslâm veyahut Nasârâdan ebelik sanatıyla me'lûf olan bazı karılar mücerret tam' ve irtikâba mebnî hamile hatunlara devâ verip ifâ-yı iskât-ı cenin ettirmek ve aralıkta birazının dahî helâkına sebep olmakta oldukları tahkik olunup bu emr-i münkirin beher hâl men' ve def' iyle âmme-i nâsın muzırrâtın kurtarılması lazıme-i zimmet-i diyanet olduğundan ol irade-i muktezâ-yı şer' iyyesi taraf-ı hazret-i fetvâ-penâhilerinden lede'l-istiftâ “**Ebelik dâiyesinde olan hüner hatunlara iskât-ı cenin için devâ verip iskât-ı cenine sebep olduğundan mâ-adâ bazı hatunların dahî helâkına sebep olup bu fiil-i şeni'-i mu'tâd etmekten nâşi zararı olsa hüner hatunlar bu fiil-i şeni'den emr-i âli evâmîr ile zecr ve men' olunup itaat etmez ise tedbîb olunmağa emr-i meşru olur mu? Cevab: Olur.**” diye fetvâ-yı şerife verilmiş ve Yahudi karılardan Katil Ebe demekle ma'rûf İlya Makzi (?) ma'küle ve kalfası mesabesinden olan Rahil Polisa (?) nam kimesneler öteden beri bu kâr-ı mekrûh ile me'lûfe oldukları mütevâtîr ve yalnız tenbih ve te'kid ile memnu' ve münzecir olamayacakaları zâhir olduğuna binâen ibretü's-sâirîn üçü birden Selanikê nefy ve tağrib olunmuş...1242/1826.” Somel, Selçuk Akşın, “Osmanlı Son Dönemlerinde Iskat-ı Cenin Meselesi”, *KEBİKEÇ*, sy. XIII, Ankara 2002, s. 71-72.

58 “Şam Beglerbeğine ve Kadısına hüküm ki: Dergâh-ı muallâma arz-ı hâl sunulup Şam-ı Şerif sâkinlerinden Abdülhay Hams nam kimesne şirret ve şenâat ve fesad üzere olmağın nefy-i beled olmak iktizâ olup **nefy-i beled oluna diye fetvâ-yı şerif** verilip fetvâ mücibince hüküm rica olunmağın buyurdum ki **fetvâ-yı şerif mücibince amel eylesin**.992/1584.” BOA.MD, d.no. 54, h.no. 46. Akt., Fatime Yazıcı, *54 Numaralı Mühimme Defteri'nin Transkripsiyon ve Değerlendirilmesi (1-154)* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Erzurum 2010, s. 110.

1631 tarihli mühimme defterindeki bir kayıta, kadı Mehmed yasak olan mekâna han inşa etmektedir. Alınan fetva gereğince hanın yıkılması emredilmektedir.⁵⁹

1790 tarihli mühimme defterindeki bir kayıta, kötü insanlarla işbirliği yaparak halka zulüm eden Beclik kazası müftüsü Seyyid Mehmed'e alınan fetva gereğince sürgün cezası verildiği Beclik kadısına bildirilmektedir.⁶⁰

Tanzimat dönemindeki mahkeme kayıtlarında da fetvaların mahkeme kararlarını etkilediğini görmekteyiz. 1850 tarihli nefy defterindeki bir kayıta, silahla dolaşak insanları rahatsız eden kendilerine nasihat edenleri de öldürmekle tehdit eden Gürcü Salih ve Adanalı Osman'a şeyhülislâm tarafından verilen fetva gereğince sürgün ve kalebentlik cezaları uygulanmaktadır.⁶¹

1852 tarihli nefy defterindeki bir kayıta, sahte belge düzenleme suçunu işleyen müezzin Mehmet'e şeyhülislâmdan verilen fetva gereğince sürgün cezası tatbik edilmektedir.⁶²

59 “Sâbıkâ Şam cânibi defterdârı olan Nesimi'ye ve Ankara müftüsüne ve kadısına hüküm ki: Südde-i Saadetim'e arz-i hâl sunulup; “Ankarâda vâkı' at pazarı kurbunda âyende ve revende (gidip gelmek) mürrür edecek üç yol arasında Köroğlu demekle ma'rûf Mehmed nam kadı bir hân bina ihdâs edip lakin zikrolunan hânın kale-i mezbûreye ve ahâli-i memlekete zararlı olduğu” mukaddemâ ilâm olundukta; “Mahall-i mezbûrda hân-u ihdâs bina olunmaya” diye emr-i şerifim vârid olmuş iken kadı-ı mezbûr itaat-i emr-i şerif etmeyip bina eylemek ile mukaddema verilen emr-i şerif ve fetvâ-yı münif mücibince amel olunup kal' olunmak emrim olmuş vârid olan emr-i şerif ve **fetvâ-yı münif mücibince** bina ettirmeyip ve bina etmiş ise dahî yerle beraber kal'u hedim ettirip kadı-ı mezbûra teallül-ü inâd ettirmeyesiz.1040/1630.” BOA.MD, d.no. 85, h.no. 72. Akt., BOADB, 85 Numaralı Mühimme Defteri, s. 46.

60 “Beclik kadısıyla Lefkoşe naibine hüküm ki: Milas ve Sendelyat ve Karaabad ve Yako nahiyelerinin ahâli-i fukaraları gelip hâlâ Beclik Kazasında me'zûn bi'l-iftâ olan Mehmed nam kimesne zaleme ile yek-dil ve yek-cihet olarak fukarâ ve züafâya envâ-i türlü cevr ve ezâya ibtidâr eylediğini inhâ ve ol babda inâyet istidâ ve müftî-i mezbûr Seyyid Mehmed'i Kıbrıs'a nefy ve iclâ ile tahlis-i fukarâ olunmak babında emr-i şerifim **sudûru Mevlânâ Hamidizâde Mustafa edâmallâhü teâlâ fedâiluhü işâret etmelerile işâretleri mücibince** çavuş mübâşeretile mezbûr Seyyid Mehmed'in Kıbrıs'a nefy ve iclâsı için yazılmıştır. 1205/1790.” Baytımur, 25 Numaralı Kalebent Defteri (1205 / 1790-1791) (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 93.

61 “Akka kalesi muhafızı Abdurrahman Paşa ve Akka kadısına hüküm ki: ... talebeden Gürcü Salih ve Adanalı Osman nam şahıslar kendi ırz ve edebleriyle meşgûl olmayıp daima esliha ile geşt u güzâr (gezip dolaşmak) ve bazı kesana (kişi) adavet ederek icrâ-yı ırz zımında cerha ibtidar ile talebe-i ulûma gayr-ı layık harekât-ı nâ-marziyyeye ictisâr edgeldiklerinden bazı mertebe nush u pend (öğüt) dâiyyesinde olanlara cevablarında nefyle tedbîr olunsak dahi derhal firaren gelip hasmımız olanları katl ve idam ederiz diye bir takım kelimât-ı nâ-hemvâr (uygunsuz) tefevvüh (dil uzatma) etmekte olduklarını bi-garaz erbâb-ı vukûf ihbâr edip bu cihetle şiddetlice tedbîr muhtac olmalarıyla fi-mâ ba'd Der-Saadetim'e ayak basmamak menfâlarından bir hatve (adım) hareket ettirilmemek üzere merkûmların li-eclî't-tedbîr Akka kalesine nefy u iclâları babında **emr-i şerifim sudûru bi'l-fiil şeyhülislâm ve müftü'ü'l-enâm olan İsmet Beyzâde Mevlânâ el-Hac Arif Hikmet Bey tarafından işâret olunmuş** ve işâretleri mücibince merkûmları Akka kalesinde menfiyyen meks ve ikâme ettirip...1266/1850” Acar, Tuğba Akıllı, 3 Nolu Nefy ve İtlak Defteri'nin (s.1-100) Transkripsiyon ve Değerlendirilmesi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Tokat 2006, s. 169.

62 “Zabtiyye kaymakamı Halim Paşa ve Kocaeli sancağı muhasılı Arif Paşa ve Şile kazası naibine hüküm ki: Kel Câmî-i müezzin Mehmed bazı nüsha yazmak mülâbesesiyle (sahtecilik) thömetli bulunmuş olduğundan merkûmun li-eclî't-tedbîr bilâ-müddet vatânı olan Şile kazasına nefy u iclâsı babında lazım gelen **emr-i şerifimin isdârı bi'l-fiil şeyhülislâm ve müftü'ü'l-enâm olan İsmet Beyzâde Mevlânâ el-Hac Ahmed Arif Hikmet Bey tarafından işâret kılınmış** ve ol vechle icrâsı hususuna irâde-i âliyyem müteallik olmuş

1858 tarihli nefy defterindeki bir kayıta Hz. Ömer'e söven talebeye ta'zîr-i şedîd (şiddetli dayak) ve hapis cezası verilebileceği fetvahaneden gelen fetva ile işaret edilmektedir. Bu fetvaya göre emr-i hümayun çıkarılarak zanlıya hapis cezası uyulanmaktadır.⁶³

1859 tarihli nefy defterindeki bir kayıta, başkasının hanımını zorla boşatıp iddeti bitmeden kadınla nikahlanan naibe, şeyhülislâmın verdiği fetvaya uygun olarak sürgün cezası uyulanmaktadır.⁶⁴

Hem yerel mahkeme hem de Divan-ı Hümayun kayıtlarında, fetvaların yer aldığı örnekler had suçu olup olmadığı ihtilafı olan örnek⁶⁵ hariç tutulursa ki, burada da ihtilafın çözümü için fetvaya başvurulmaktadır, diğerleri ta'zîr cezaları ile alakalıdır.

olmağla sen ki kaymakam-ı müşârun-ileyhsin merkûmu nizamı mücibince bilâ-müddet Şile kazasına nefy u irsale...1268/1852." Acar, Akıllı, 3 *Nolu Nefy ve İtlak Defteri'nin (s.1-100) Transkripsiyon ve Değerlendirilmesi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 285.

63 "Rumeli eyaleti valisi Abdi Paşa Pirlepe kazası naibine hüküm ki: Manastır sakinlerinden ve talebe-i ulûmdan Abdullah nam şahıs hâşâ sümme hâşâ hazret-i Ömer'ül-fâruk radiyallâhu teâlâ anhüye sebbe cüret eylediği bâ-i'lâm ve mazbata inhâ olunmuş ve **habis-i merkûma ta'zîr-i şedid lazım gelip salahı zahir oluncak habs ve tağribi dahi meşru idiği cânib-i fetvâhânedan işaret kılınmış olduğundan** iktizâ eden emr-i şerîfimin isdârı meclis-i vâlâ-yı ahkâm-ı adliyemden bâ-mazbata ifade olunmuş ve ol-vechle icrâsı hususuna...merkûmun hususu şer'an zahir ve sabit oluncak menfâsında ibkâsıyla...1274/1858." Kılıç, Ömer, 4 *Nolu Nefy ve İtlak Defteri'nin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kayseri 2010, s. 151.

64 "Hüdavendigâr eyaleti valisi Rafet Süleyman Paşa'ya hüküm ki: Eskişehir kazası naibi tarafından İnönü kazası niyabetine tayin kılınmış olan Mustafa kaza-i mezkûr sâkinlerinden Hüseyin nam kimesnenin zevcesini cebren tatlik ettirip müddet-i iddet-i münkadiye olmaksızın kendisine akd u tezvîc etmiş olmasıyla merkûmun icrâ-yı tedbîbi hususu bâ-mazbata inhâ olunmuş ve ber mücib-i merkûm li-eclî't- tedbîb münasib bir mahalle **nefy u tağribi taraf-ı şeyhülislâmdan tensib ve işaret kılınmış olmasıyla** ol-babda lazım gelen emr-i şerîfimin isdârı meclis-i vâlâ-yı ahkâm-ı adliyemden bâ-mazbata ifade olunmuş ve mücibince icrâsı hususuna...merkûmun münasib bir mahalle nefy u tağribine...1275/1859." Kılıç, 4 *Nolu Nefy ve İtlak Defteri'nin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 174.

65 1902 tarihli Antep mahkemesindeki Hz. Peygambere söven kişinin alacağı ceza hakkında alimler arasında ihtilaf vardır. İslam hukukuna göre Hz. Peygamber'e söven müslüman ise ihtilafsız mürted olur. İbn Ferhûn, Ebû'l-Vefa Burhaneddin İbrâhîm b. Ali b. Muhammed *Tebstratü'l-hükkâm fî usûli'l-akdiye ve menâhici'l-ahkâm*, Dâru'l- Kütübî'l-İlmîyye, Beyrut 1995, II, 286; İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr ale'd-dürri'l-muhtâr*, VI, 356; *Mv.f*, "Sebb", XII, 136; *Mv.f*, "Ridde", XXII, 184-185. Tövbesinin kabul edilip edilmeyeceği konusu ihtilafıdır. Ebû Hanife ve Hanbelîlerin bir kısmı tövbesinin kabul edileceğini, Hanbelîler ve Şâfiîlerin çoğunluğu ve Mâlikîler tövbesinin kabul edilmeyeceği görüşündedirler. İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr ale'd-dürri'l-muhtâr*, VI, 370-373; *Mv.f*, "Ridde", XXII, 193. Osmanlı dönemi fetva mecmualarında da Ebû Hanife'nin görüşü benimsenmeyerek diğer imamların görüşüne göre hareket edilerek Hz. Peygambere söven ve zındık olanların tövbelelerinin kabul edilmeyerek idam edilmeleri gerektiği açıklanmaktadır. Düzdağ, *Şeyhülislâm Ebüssuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı*, s. 194; "Zey-i müslim hâşâ sümme hâşâ sebb-i nebi aleyhisselam edip sebbettiğini tav'an ikrâr eylese ne lazım olur? Cevab: Hadden katlolunur." Minkârîzâde Yahya Efendi, *Fetâvâ-yı Yahya Efendi* (El Yazması, Nuruosmaniye Ktp, nr. 2055), s. 82.

Ta'zîrin tanımından⁶⁶ da anlaşılacağı üzere ta'zîr türü suç tiplerine naslar tarafından had ve kısas cezalarında olduğu gibi net bir ceza türü ve cezanın sınırları belirlenmemektedir.

Osmanlının, kanunnameleri çıkarmasının bir sebebi de ta'zîr türü suçları ve cezaları belirleyerek hukuk uygulamalarındaki olası keyfiliği önleme düşüncesidir. Ta'zîr suç ve ceza tipleri kanunnamelerde ayrıntılı olarak belirlendiği için cezalandırma ilkelerinden biri olan kanûnilik ilkesi de yerine getirilmektedir.⁶⁷ Bu kanunnameler yerel mahkemelere de gönderildiği için ülke genelinde ceza uygulamalarında birlik sağlanmaktadır.⁶⁸

Burada şöyle bir soru akla gelebilir. Ta'zîr suç ve cezaları kanunnamelerde belirlendiği ve bunlar yazılı olarak yerel mahkemelere gönderildiği halde niçin mahkemeler bazen fetvalara göre hüküm vermektedir. Bu soruya şöyle cevap verilebilir. Fetvaya konu olan suç tipi, kanunnamelerce belirlenmeyen yeni ortaya çıkmış bir suç tipi olabilir ya da suçun,⁶⁹ suçlunun vasfı⁷⁰ ve suça etkili olan hallerden⁷¹ dolayı kişiye özel ta'zîr cezası belirlenmesi için fetvaya ihtiyaç hissedilmiş olabilir.

66 Ta'zîr suçları, şâri' tarafından hakkında belirlenmiş bir ceza müeyyidesi olmayan, had ve kısas suçları dışında kalan, miktarı ve uygulaması yasama organına veya belli ölçüler dâhilinde takdiri hakime bırakılmış Allah veya kul hakkını ihlal eden hukuka aykırı fiillere denir. Udeh, Abdulkâdir, *et-Teşriu'l-cinâyiyyi'l-İslâmiyye mukârinen bi'l-kânûni'l-vad'i*, Mektebetü Dâru't-Turâs, Beyrut 1998, I, 126; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilâhâtı Fıkhiyye Kâmusu*, III, 24; Başoğlu, Tuncay, "Ta'zîr ", *DİA*, İstanbul 2011, XL, 198; Boynukalın, Mehmet, "Suç", *DİA*, İstanbul 2009, XXXVII, 454; *Mv.f*, "Cinâyet", XII, 254; Uyanık, M. Zeki, *İslam Hukukunda Hapis Cezası ve Hapishane*, Hikmetevi Yayınları, İstanbul 2017, s. 33.

67 Avcı, Mustafa, *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Mimoza Yayınları, Konya 2014, s. 34-37.

68 Aydın, Mehmet Akif, "Kanunnâmeler ve Osmanlı Hukuku'nun İşleyişindeki Yeri", *Osmanlı Araştırmaları*, sy. 24, İstanbul 2004, s. 40.

69 Ta'zîr cezaları ve miktarları belirlenirken suçun, suçlunun vasfı ve suça etkili olan haller dikkate alınır. İşlenen suçun hafif veya ağır olması uygulanacak ta'zîr cezasının türünü ve miktarını belirler. Abdalaziz Musa Âmir, *et-Ta'zîr fiş-Şer'iati'l-İslâmiyye*, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, Kahire 1969, s. 497.

70 Aynı şekilde suçlunun vasfı da ta'zîr cezasının türünü ve miktarını belirlemede önemli sebeplerden biridir. Örneğin suçlunun örnek bir şahsiyet olması, kamu görevlisi olması cezada ağırlatıcı sebep, suçlunun yaşlı, hasta veya sakat olması da cezada hafifletici sebep olabilir. Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 221-224.

71 Suça etkili haller cezanın hafif veya ağırlaşmasını sağlar. Burada tekerrür ve itiyad kavramları öne çıkmaktadır. "Bir suçun mahkûmiyetten sonra tekrar işlenmesine tekerrür, ikinci mahkûmiyetten sonra tekrar işlenmesine itiyad denir." Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 199. Örneğin toplumda iyi halli olarak bilinen kişinin ilk defa suç işlemesi halinde ona en hafif ta'zîr yaptırımlarından olan ilam ve vaaz uygulanır. Ancak suçu ilk defa değil tekrar tekrar işleyen suçluya daha ağır ceza olan dayak veya hâkimin uygun göreceği başka bir ta'zîr cezası uygulanabilir. Âmir, *et-Ta'zîr fiş-Şer'iati'l-İslâmiyye*, s. 501.

SONUÇ

Hem yerel hem de Divan-ı Hümayun defterlerinde bulunan ceza kararlarındaki fetva örneklerinden hareketle Osmanlı ceza hukukundaki fetva-kazâ ilişkisiyle alakalı şunları söyleyebiliriz.

Hem klasik dönemde (1299-1839) hem de tanzimat döneminde (1839-1923) mahkeme kararlarındaki fetvalar şeyhülislâm veya müftüler tarafından verilmektedir.

Had ve kısas suçlarının cezaları naslar tarafından belirlendiği için bu tip suçların ceza kararlarının gerekçeleri (âyet, hadis, fıkıh kitabı, fetva mecmuaları veya ilgili fetva sureti) çoğunlukla mahkeme kararlarına yazılmamaktadır. Kayıtlara yansıyan fetvalar genellikle ta'zir türü cezalarla ilgilidir ya da had suçu olup olmadığı konusunda ihtilaf olan suç tipleriyle alakalı cezalar hakkındadır.

Mahkeme kararlarında bulunan fetvalar, mahkemeye davacılar tarafından iddialarını desteklemek suretiyle sunulmaktadır. Bunun yanı sıra yerel mahkemelerde kadıların müftülerden fetva istedikleri görülmektedir. Aynı şekilde Divan-ı Hümayun da şeyhülislâmdan fetva isteyerek suçlular hakkında hüküm vermektedir. Bazen de fetvayı kimin istediği açıklanmadan fetva gereğince hüküm verildiği-verilmesi gerektiği mahkeme kararına yazılmaktadır.

Mahkeme kayıtlarındaki fetva-kazâ ilişkisini gösteren bu örnekler Osmanlı ceza hukuku ile ilgili tartışmalara katkı sunabilir. Örneğin Ö. L. Barkan'ın öncülük ettiği bir grup Osmanlı hukuk uygulamasında, şer'î mevzuattan çok, dünyevi otorite tarafından konan kuralların (örf-i sultânî) örf ve adetlerin hakim olduğunu, bu sebeple Osmanlı Devletine şer'î devlet demenin pek mümkün olmadığını iddia etmektedir.⁷²

Mahkeme kayıtlarındaki örnekleri incelediğimizde bu iddianın geçersiz olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü yerel mahkemeler hem had ve kısas suçlarına, şer'î hukuka riayet ederek ceza vermektedir; hem de ta'zir suç tiplerine fetvalara muvafık cezalar vermektedir. Aynı şekilde üst mahkeme görevi yürüten Divan-ı Hümayun da şeyhülislâmlardan aldıkları fetvalara göre karar vermektedir.

Bazen de bizzat ülülemler, toplumda yeni ortaya çıkan (cenin düşürme-düşürtme örneğinde olduğu gibi) veya yaygın hale gelen (meyhanelerin çoğalması örneğinde olduğu gibi) suç tiplerine uygulanması gereken cezaların neler olması

72 Barkan, Ö. Lütfi, "Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'iliği Meselesi", *İÜHF*M, İstanbul 1945, XI, sy. 3-4, s. 209; a.mlf. "Kanunname", *İA*, VI, 174 vd; Halil İnalçık, "Osmanlı Hukukuna Giriş, Örfi Sultânî Hukuk ve Fatih'in Kanunları", *AÜSBFD*, Ankara 1958, c.12, s. 107-108.

gerektiğini şeyhülislâmdan fetva isteyerek sormaktadır. Ülülemr, verilen fetvaya muvafık emr-i hümayun çıkartarak suçluları cezalandırılmakta ve uygulanan cezanın şeyhülislâmın işaretiyle gerçekleştiği ifadesi mahkeme defterine de yazılmaktadır.

Fetvalara uygun emr-i hümayunların çıkarılması ve suçluların cezalandırılması ile alakalı bu iki örnek bize şer'î-örfî hukuk ilişkisini çok net bir şekilde göstermektedir. Ülülemr, meyhanelerin yıkılması ve cenin düşüren ebelerle alakalı örfî hukuk kurallarını şeyhülislâmdan aldığı fetvaya göre belirlemektedir. Yani ülülemr örfî hukuk kuralları belirlerken tek başına hareket etmemekte şer'î hukuktan istifade etmektedir.

Mahkeme kayıtlarına yansıyan örnekler bize, Osmanlının, şer'î hukuk kurallarına riayet ettiğini ve şer'î hukuktan sapmadığını göstermektedir.

İSLÂM CEZA HUKUKUNA GÖRE OLAY YERİ İNCELEME

Yrd. Doç. Dr. Şevket PEKDEMİR*

Özet: Suçun maddi delilleri olay yerinden elde edilir. Olay yerinde yapılacak inceleme ve araştırmanın başarısı soruşturmanın sonucunu etkiler. Suçun kim tarafından ve nasıl işlendiği zanlı ile olay yerinde bulunan deliller arasındaki bağla tespit edilir. Bilimsel ve teknik imkanların yetersiz olduğu dönemlerde soruşturmacılar daha çok **“suçludan delile ulaşma”** yöntemini tercih etmek zorunda kalmıştır. İnsan hakkı ihlallerine neden olan bu yöntem çok eleştirilmiş zamanla teknik imkanların gelişmesiyle suçludan delile ulaşma yöntemi terkedilerek **“delilden suçluya ulaşma”** yöntemi tercih edilmiştir. Modern hukuk anlayışında suçlu ile suç arasında bağın kurulmasında yardımcı olan unsurların başında yer alan olay yeri inceleme, soruşturmanın en önemli basamaklarından biri olarak kabul edilmektedir. Bu amaçla günümüzde olay yeri inceleme çalışma usulleri kanun ve yönetmeliklerle düzenlenmiş, resmi kurumlarda ilgili birimler oluşturulmuş, alanında uzman personeller yetiştirilmiştir. Modern hukukta olay yeri inceleme çalışmaları bu seviye gelmişken İslam hukukunda geçmişte ve günümüzde ne gibi çalışmaların yapıldığının ortaya konularak durum tespitinin yapılması, konunun naslar temelinde değerlendirilmesi günümüz bilim adamlarından beklenen bir çalışmadır. Bu nedenle makalede İslam hukukunda tarihsel süreçte zamanın dönensel şartları da dikkate alınarak olay yeri inceleme çalışmaları çeşitli yönleriyle ortaya konulmuştur.

Anahtar kelimeler: olay yeri, delil, ispat, suç, adalet

CRIME SCENE INVESTIGATION IN ACCORDANCE WITH THE ISLAMIC CRIMINAL LAW

Abstract: Material evidence is obtained from the scene of the crime. The success of the examination and research to be done at the scene affects the outcome of the investigation. It is determined by whom and how the crime was committed with the connection between the suspect and the evidence at the scene. During times when scientific and technical opportunities are inadequate, investigators often resorted to the method of “reaching evidence through criminal”. This method, which causes human rights violations, were highly criticized. The method of “reaching evidence through criminal” was abandoned with the development of technical means over time and the method of “reaching the criminal through evidence” has been adopted. In the understanding of modern law, crime scene investigation, which is at the top of the elements that help to establish the connection between the criminal and crime, is regarded as one of the most important steps of the investigation. For this purpose, crime scene investigation methods have been regulated by laws and regulations today, related units have been established in official institutions and expert staff has been trained in the field. While the crime scene investigations are at this level in the modern law, scientists are expected to determine the situation by revealing what kind of work has been done in Islamic law in the past and today, evaluating the subject on the basis of dogmas. Therefore, in the article, crime scene investigations in Islamic law during the historical process have been revealed with various aspects by taking the periodic conditions of time into account.

Keywords: crime scene, evidence, proof, crime, justice.

* Ordu Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı, s-ukru@hotmail.com.

A. GİRİŞ

Yeni Türkçede “*olay yeri*” adı verilen suç mahalli eski Türkçede “*mahall-i cürm*” terkihi ile ifade edilmiştir. Modern Arapçada ise olay yeri için daha çok “*mesrahu'l-cerime*” ve “*mesrahu'l-hâdis*” terimi tercih edilirken “*mekanu'l-hâdis*” ve “*mekanu'l-cerime*” kavramları da kullanılmaktadır. Amerika ve İngiltere başta olmak üzere birçok ülkede “*the crime scene*” veya “*the scene of crime*” şeklinde yaygınlaşmıştır.¹

“*Olay yeri*” suçun işlendiği yer,² olayın işleniş tarzının, mağdur ve suç sanıkları ile ilişkisinin saptanabildiği dinamik bölge,³ fail, mağdur ve tanığın aynı zamanda bulunduğu yer,⁴ suç kastının davranışa dönüştüğü yerden başlayıp, failin kaçış yönüyle devam eden, olayın işleniş tarzının, mağdur ile sanığın ilişkisinin saptanabileceği ve maddî delillerin tespit edilebileceği yer⁵ suçun sırlarının sessiz şahidi⁶ gibi birçok şekilde tanımlanmıştır.

Kısaca olay yerini “*suçun işlendiği ve delillerin bulunduğu yer*” olarak tanımlayabiliriz. Olay yerini sadece mekanla sınırlamanın doğru olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü özellikle internet suçlarında olay yerinin gerçek mekanla ilişkilendirilmesi her zaman mümkün olmamaktadır. Bu nedenle delilin bulunduğu yeri olay yerinin vaz geçilmez unsuru olarak değerlendirdik.

“*Olay yeri inceleme*” ise genel olarak; “Meydana gelen bir olayın aydınlatılması amacıyla olay yerinde delil niteliği taşıyabilecek her türlü iz, eser ve emarenin bilimsel ve teknik yöntemler kullanılarak araştırılması elde edilen bulguların tespiti, kayıt altına alınması, dokümantasyon toplanması, muhafaza edilmesi ve ilgili yerlere gönderilmesi işlemleri”⁷ olarak tanımlanmıştır. Bunun yanı sıra aşağıda yer verilen şekillerde de tanımlanmıştır.

- 1 el-Hadrimi Veled Sidina Veled Beru, *Mesrahu'l-cerime ve Refu'l-edille ve tahrizuhe*, Câmiatu Nayif el-Arabiyye li'l-Ulumi'l-emniyye, 2008, s.13; Abdullah b. Muhammed el-Yusuf, “Mefhûmu masrahi'l-hâdisi beyne'd-delaleti ve'd-delim el-karine ve'l-eser”, *Mu'temeru'l-karâini't-tibbiyyeti'l-muâsıra ve eseruhâ fi'l-Fikh*, 2014, I, 12; Nasır b. Hamd Nasır el-Ğanım, *et-Tekniyyâtü'l-hadise fi fahsi mesrahi'l-havâdisi'l-harik*, Câmiatu Nayif el-Arabiyye li'l-ulumu'l-emniyye, 2006, s.43.
- 2 Beru, *Mesrahu'l-cerime*, s.13; Yusuf, “Mefhumu masrahi'l-hâdis”, s.16; Ahmet Nezih Kök, *Türk Ceza Adalet Sisteminde Adli Tıp Uygulamaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.166.
- 3 Oğuz Karakuş-Bülent Ünal, “Olay Yeri İnceleme”, *Kriminalistik*, (Editör: Oğuz Karakuş), Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 9; Ahmet Nezih Kök, “Parmak İzlerinin Delil Olarak Kullanılması”, *AÜEHFD*, c. 7, sy. 3-4, 2003, s. 4.
- 4 Kök, *Adli Tıp*, s. 166.
- 5 Özkan, Gültekin, “Olay Yeri İnceleminde Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *TAAD*, c.2, sayı:4, s.478.
- 6 Alauddin Selmâni, *Devru'ş-şurtati'l-ilmiiyye fi isbati'l-cerime*, Câmiatü Muhammed Haydar, Biskra, 2014, s. 27.
- 7 Karakuş-Ünal, “Olay Yeri İnceleme”, s. 10.

“Olay yeri inceleme olayın faili, olay yeri ve mağdur arasındaki ilişkinin net olarak tanımlanabilmesi için hukuka uygun olarak, yetki verilmiş olan birimlerce çeşitli bilimsel, teknik, yöntem ve metotlar kullanılarak yapılan, olaya yönelik adli inceleme ve delil toplama işlemidir.”⁸

“Olay yeri inceleme fen bilimlerinin adli olaylara uygulanarak suçun aydınlatılmasına yarayan disiplindir.”⁹

Olay yeri ile ilişkilendirilen terimlerden biri de “*keşif*”tir. Keşif yapmanın olay yeri inceleme olup olmadığı tartışılmış olup çoğunluk keşfin olay yeri inceleme olmadığını savunmuştur. Bu görüşte olanlara göre keşif kovuşturma aşamasında olay yerinin mahkeme heyeti tarafından tekrar gözden geçirilmesidir.¹⁰

Kriminalistiğin alt dalı¹¹ kabul edilen olay yeri incelemenin en önemli amacı olayla ilgili delilleri toplamak suçun nerede, nasıl, ne zaman, kim tarafından ve kime karşı işlendiğini belirlemektir.¹²

Bunun yanı sıra olayın suç mu yoksa kaza mı olduğu, suçun unsurların gerçekleşip gerçekleşmediği, suçun veya masumiyetin ispatı çalışmalarının tümü,¹³ dokümantasyon ve belgeleme işlemi, olayın faili ve mağdur arasındaki ilişkiyi saptama faaliyetleri de olay yeri incelemenin amaçları arasındadır.¹⁴

Olay yeri tek mekanla sınırlı olmayabilir. Suçun çeşidi, niteliği ve suçluların sayısına göre olay yeri değişebilir. Hatta olayın karmaşıklığı nispetinde olay yeri sayısı da artabilir. Olay bir yerde başlayıp başka bir yerde sonuçlanabilir. Teknolojideki gelişmeler olay yeri algısını da etkilemiştir. İnternet suçlarında olay yerinin tespiti etrafındaki tartışmalar bu algının neticesidir.¹⁵ Bazı durumlarda bulguların elde edildiği yer asıl olay yeri olmayabilir. Örneğin mağdur bir yerde öldürülüp başka bir yerde gömülebilir.¹⁶ Tüm bu olasılıkları dikkate alan birtakım araştırmacılar olay yerini birincil ve ikincil olarak iki kısma ayırmaktadır. Suçun işlendiği yer birincil olay yeri, şüphelinin suçun işlenmesinden önce veya sonra bulunduğu

8 Gültekin, “Olay Yeri İnceleme”, s. 478.

9 Karakuş-Ünal, “Olay Yeri İnceleme”, s. 3.

10 Karakuş-Ünal, “Olay Yeri İnceleme”, s. 3.

11 Karakuş-Ünal, “Olay Yeri İnceleme”, s. 3.

12 Veysel Dinler, “Kolluğun Olay Yeri İnceleme Yetkisi”, *Suç Analizi 1*, (Editör: Mustafa Kaygısız, Hanifi Sever), Ankara, 2006, s.117; Karakuş-Ünal, “Olay Yeri İnceleme”, s.4; Gültekin, “Olay Yeri İnceleme”, s. 478.

13 Karakuş-Ünal, “Olay Yeri İnceleme”, s. 3; Kök, *Adli Tıp*, s.166; Gültekin, “Olay Yeri İnceleme”, s. 478.

14 Beru, *Mesrahu'l-cerime*, s.19; Karakuş- Ünal, “Olay Yeri İnceleme”, s.11.

15 Ahmed b. Dahilullah er-Raddâdi, *Muâyeneti mesrahi'l-cerime*, Merkezü'l-Arabi li'd-dirasati'l-emniyye ve't-tedrib, Riyad, 1989.s.53,59; Beru, *Mesrahu'l-cerime*, s.13,14; Yusuf, “Mefhumu masrahi'l-hâdis”, s. 16; Oğuz Polat, *Kriminaloloji ve Kriminalistik Üzerine Notlar*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 256,257.

16 Polat, *Kriminaloloji ve Kriminalistik*, s. 256.

yer ise ikincil olay yeri olarak ifade edilmektedir.¹⁷ Olay yeri çok küçük veya çok büyük alanlar olabileceği gibi açık veya kapalı alanlar da olabilir.¹⁸

1. Olay Yeri İnceleme Ekibinin Görevlendirilmesi ve Olay Yerine İntikâli

Bir kısım olaylarda hakim soruşturmanın tüm aşamalarını kendisi yürütebilir. Ancak yargı mensuplarının muhakeme esnasında karşılaştığı her konuda uzman olması mümkün değildir. Bu nedenle hakim bilgi ve tecrübesini aşan, uzmanlık gerektiren durumlarda bilirkişiye başvurmak zorundadır.

Olay yeri inceleme ekibi olay yerinde bulunabilecek maddi suç delillerini sistemli bir şekilde araştırmak, tespit etmek, belgelemek, usulüne uygun olarak bilimsel yöntemlerle toplamak ve incelemek üzere ilgili yerlere göndermek işlemlerini yürüten ekiptir.¹⁹ Amacı olay yeri, fail, mağdur ve zaman arasındaki ilişkiyi saptayacak, olayı aydınlatacak delilleri bulmaktır.²⁰

Suçla ilgili aşamalara hakimiyetin ve olay yerinin güvenliğinin sağlanması, olay yerinde ise failin yakalanması, yararlılara yardım edilmesi, şahitlerin dinlenmesi, delillerin korunması ve bozulmaması için ekibin bir an önce olay yerine intikali gerekir.²¹

Günümüzde olay yeri inceleme ekipleri farklı alanlarda uzmanlaşmış kişilerden teşekkül eder. Uzman kişiler ise daha çok polis ya da Jandarma uzman ekiplerinden oluşmaktadır.²² Fotoğrafçı, plan-kroki çizimcisi, delil araştırma ve toplama görevlisi gibi çeşitli görevlilerden oluşan ekip aralarında iş bölümü yaparak çalışır.²³ Çalışmalar esnasında diktafon, fotoğraf makinesi, kamera ve kroki gibi her türlü araçtan faydalanılır.²⁴ Hırsızlık, cinayet, yangın, patlama ve terör olayları gibi suç çeşitleri farklı değerlendirmeler yapılmasını gerektirebilir.²⁵

17 Carol Ballard, *Olay Yeri İnceleme*, (Çev.Nihal Demirkol Azak), Tübitak Popüler Bilim Kitapları, Ankara, 2014, s. 7.

18 Selmâni, *İsbâtü'l-cerime*, s. 30,31; Beru, *Mesrahu'l-cerime*, s. 11; Karakuş-Ünal, "Olay Yeri İnceleme", s. 9,10; Ballard, *Olay Yeri İnceleme*, s. 8.

19 Karakuş-Ünal, "Olay Yeri İnceleme", s. 15.

20 Beru, *Mesrahu'l-cerime*, s. 19; Karakuş-Ünal, "Olay Yeri İnceleme", s. 10.

21 Abdurrahman Muhammed Dehlâvi, *el-İntikal ve'l-muâyene fi nizâmi Meclisi't-taâvuni'l-halici*, Câmiatü Nayif el-Arabiyye li'l-ulûmî'l-emniyye, 2008. s. 29; Raddâdi, *Muâyenetü mesrahi'l-cerime*, s. 56; Selmâni, *İsbâtü'l-cerime*, s.34; Beru, *Mesrahu'l-cerime*, s. 25.

22 Kök, *Adli Tip*, s. 166; Ballard, *Olay Yeri İnceleme*, s. 7.

23 Selmâni, *İsbâtü'l-cerime*, s. 36; Karakuş- Ünal, "Olay Yeri İnceleme", s. 15.

24 Raddâdi, *Muâyenetü mesrahi'l-cerime*, s. 73; Selmâni, *İsbâtü'l-cerime*, s. 36; Polat, *Kriminoloji ve Kriminolistik*, s. 262; Karakuş- Ünal, "Olay Yeri İnceleme", s. 11,78.

25 el-Çanım, *et-Tekniyyâtü'l-hadise fi fahsi mesrahi'l-havâdisi'l-harik*, s. 30,54; Polat, *Kriminoloji ve Kriminolistik*, s. 256.

İslam hukuku klasik kaynaklarımızda terim olarak olay yeri inceleme ekiplerinden bahsedilmese de Osmanlı hukuk literatüründe “*ehl-i vukuf*”, Arapça kaynaklarda ise daha çok “*ehlü'l-ilm*” ve “*ehlü'l-hibre*” olarak ifade edilen bilirkişilerin aynı görevi üstlendiğini söyleyebiliriz. Ehl-i vukufun bir veya birkaç kişiden oluşabileceği gibi fasık, erkek veya kadın hatta gayr-i müslim olabileceği belirtilmiştir. Şahitlik gibi değerlendirilen durumlarda en az iki kişi olması zorunludur.²⁶ Sonuç olarak İslam Muhakeme hukukuna göre olay yeri inceleme ekiplerinde alanında uzman herkesin görevlendirilebileceğini söyleyebiliriz.

Modern hukukta olduğu gibi İslam hukukunda da hakimin uzman kişilerden destek almasının gerekliliği tartışılmış çoğu zaman hakimin takdirine bağlı olduğu değerlendirilse de kimi zaman zorunluluk olduğu savunulmuştur.

İslam hukukunda olay yeri inceleme ekiplerinin görevlendirilmesi ve olay yerine intikali ile ilgili örneklerden bazılarını şöyle sıralayabiliriz:

i. Müslüman olmak için Medine'ye gelen Ureyne kabilesinden birkaç kişi Medine havası kendilerine iyi gelmediğinden hastalanırlar. Bunun üzerine Hz. Peygamber, şehrin dışında otlayan zekât hayvanlarından faydalandıkları takdirde iyileşebileceklerini söyler. Hz. Peygamber'in söylediğini yapıp iyileşen Ureyneliler bir müddet sonra şehri terk ederken şehrin dışında otlayan zekât hayvanlarının çobanı ile karşılaşır ve onu öldürürler. Durumdan haberdar olan Hz. Peygamber suçluların tespiti için kaiflerle birlikte yirmi kişilik ekip görevlendirir.²⁷ Bu olayda kaifleri olay yerini incelemek için görevlendirilen ve oraya intikal eden uzman kişiler olarak değerlendirebiliriz.

ii. Hz. Peygamber keşif niteliğinde olsa da bizzat kendisi olay yeri incelemesi yaptığı gibi bazen de bir kişi veya ekibi görevlendirerek olay yerinde incelemelerde bulunmasını istemiştir. Örneğin Huzeyfa b. Yeman'ı varislerin ihtilaf ettiği binayla ilgili problemi çözümlmek için, Abdullah b. Revâha'yı vergisi alınacak taze hurma miktarının tespiti için²⁸ bilirkişi olarak görevlendirmiştir.²⁹

iii. Hz. Peygamber zina suçunu itiraf eden Maiz'in şuurunun yerinde mi yoksa içki alıp sarhoşlukla mı itirafta bulunduğunu sorduğunda ahabın arasından biri kalkarak ağzını koklamış sonra içki emaresi olmadığını söyleyince ikrarının

26 Ali Şafak, “Ehl-i Vukuf”, *DİA*, 1994, X, s. 532; Nasi Aslan, *İslâm Yargılama Hukukunda “Şühûdu'l-hal” Jüri Osmanlı Devri Uygulaması*, Beyan Yayınları, İstanbul, 1999, s. 102.

27 Buhâri, “Hudûd”, 17; Ebû Dâvûd, “Hudûd”, 3.

28 Ebû Dâvûd, “Zekât”, 15; Şafak, “Ehl-i Vukuf”, X, s. 532

29 Beyhakî, *Sünen*, VI, s. 111.

sahihliğine hükmedilmiştir.³⁰ Bu örnekte Hz. Peygamberin talebi üzerine Maiz'in içki içip içmediğini kontrol eden kişi olay yeri inceleme ekibinin üyesi, sahabenin Maiz'i koklaması ise olay yerinden delil toplaması olarak değerlendirilebilir. Bu çalışmalar günümüzde kan ve idrar örneği alma gibi daha teknik seviyede yapılmaktadır.

Yukarıda da ifade edildiği gibi olay yeri çalışmaları bazen hakim bazen de kolluk görevlileri arasından seçilen olay yeri inceleme ekipleri tarafından yürütülür. İslam muhakeme hukukunda da Hz. Peygamber dönemin olduğu gibi dört halife döneminde de her iki yönetime başvurulmuştur. Bu dönemde yapılan olay yeri inceleme örneklerinden bazıları şunlardır.

i. Hırsızlık suçunda had cezası verilebilmesinin şartlarından biri de çalınan malın belli bir nisab miktarına ulaşmasıdır. Hakim çalınan malın maddi değerini biliyorsa had cezasının verilir verilmeyeceğine karar verebilir. Ancak hakim her malın değerini bilmesi ve çalınan miktarın nisaba ulaştığını tespit etmesi mümkün değildir. Bu durumlarda bilirkişiden yardım alması gerekir. Nitekim Hz. Osman döneminde çalınan bir yiyeceğin nisab miktarına ulaşmış ulaşmadığı bir uzman yardımıyla tespit edildikten sonra had cezası uygulanmıştır.³¹ Bu örnek cezanın infazında uzman ekiplerin bilgisine başvurulması bakımından önemlidir.

ii. Gerek Hz. Ömer, Benî Mahzun'dan bir kişinin Ebu Sufyan hakkında arazi meselesiyle yaptığı şikâyeti gerekse Hz. Osman, Hz. Ali ile Talha ibn Abdullah arasındaki bir arazi meselesini bizzat arazinin bulunduğu yere gidip keşif yaparak hükme bağlamıştır.³²

iii. Hz. Ali'ye gelen bir çocuk babasıyla beraber yolculuğa çıkan grubun onu öldürdüğünü ve yanındaki tüm eşyalarına el koyduğunu ihbar eder. Hz. Ali güvenlik güçlerinden olayın araştırılmasını ister. Bu hadise de adli vakalarda ilk dönemden itibaren uzmanlara başvurulduğunu göstermektedir.³³ Hz. Ali tarafından görevlendirilen grup bugünkü anlamda olay yeri inceleme ekibinin bir örneği olarak değerlendirilebilir.³⁴

30 Müslim, "Hudûd", 5.

31 Mâlik, "Hudûd", 7.

32 Ebû Bekr Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl Serahsî, *el-Mebsût*, Dâru'l-ma'rife, Beyrut, ts., XIX. s. 3; Davut Yaylalı, *İslâm Hukukunda Adli Deliller*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Erzurum, 1980, s. 179.

33 Beyhaki, *Sünen*, X. s. 179; Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed İbn Kayyim el-Cevziyye, *et-Turukül-hükmiyye fi's-siyaseti's-ser'iyye*, Mektebetü dari'l-beyan, ts, s. 45

34 İbn Kayyim, *Turuku'l-hükmiyye*, s. 45.

2. Olay Yeri Güvenliğinin Sağlanması

Olay yerinde yapılabilecek güvenlik ihmalleri soruşturmanın seyrini olumsuz etkileyebilir. Hava koşullarının yanı sıra mağdur, şüpheli, basın mensupları, meraklı kalabalık ve olay yeri inceleme ekibinde görevli personelin hataları olay yerindeki delillerin bozulmasına veya kaybolmasına sebep olabilir.³⁵

İnsan faktörünün yanı sıra olay yeri incelemelerinde delillerin güvenilirliğini etkileyen en önemli iki unsur çevre ve zamandır. Hem çevresel faktörler hem de zaman olay yerindeki delillerin orijinal halinin değişmesine veya tamamen yok olmasına sebep olabilir. Bu değişim biyolojik delillerde olabileceği gibi bazı fiziksel delillerde de olabilir. Örneğin olay yerindeki kan lekeleri ister kapalı mekanda isterse açık mekanda olsun zamanla kurur ve renk değiştirir. Aynı şekilde mermi veya boş kovan çevrenin etkisiyle delil olma niteliğini kaybedebilir. Olay yerinde bir eşyaya dokunmak parmak izlerine, yumuşak bir zeminde yürümek ayak izlerine zarar verebilir.³⁶

Olay yeri güvenliğini sağlamak için alınacak tedbirler suçun niteliği ve olay yerinin özelliğine göre değişebilir. Kapalı olay yerinde alınacak tedbirlerle açık alan veya ıslak alandaki olay yerlerinde alınacak tedbirler farklıdır.³⁷ Açık alanlarda iklim ve çevre koşullarının olay yerindeki delilleri bozmaması için kapalı alana göre daha sıkı tedbirlerin alınması gerekebilir.

Olay yeri güvenliği teknik ekipman ve cihazlar yardımıyla görevli uzmanlar tarafından sağlanır.³⁸ Günümüzde olay yeri suçun tipine göre şerit bant, barikat veya güvenlik güçleri tarafından korunmaktadır. Böylece yetkililer ve izin verilenler haricinde başkalarının olay yerine girmeleri engellenir.³⁹ Daha sonra olay yerinin orijinal hali fotoğraf, video ve kameralarla belgelenir. Bu işlem hem olay yeri analizi için hem de olayın hatırlanması için çok önemlidir.⁴⁰

35 Dehlâvî, *el-İntikâl ve'l-muâyene*, s. 34,35; Raddâdî, *Muâyenetü mesrahi'l-cerîme*, s.50; Selmânî, *İsbâtü'l-cerîme*, s. 35,36; Beru, *Mesrahu'l-cerîme*, s.20-30; Karakuş- Ünal, "Olay Yeri İnceleme", s. 47.

36 Raddâdî, *Muâyenetü mesrahi'l-merîme*, s.58; Beru, *Mesrahu'l-cerîme*, s.20; Polat, *Kriminoloji*, s. 254; Ballard, *Olay Yeri İnceleme*, s. 6.

37 Yusuf, "Mefhûmu masrahi'l-hâdis", s. 26; Selmânî, *İsbâtü'l-cerîme*, s. 42; Karakuş-Ünal, "Olay Yeri İnceleme", s. 51.

38 Raddâdî, *Muâyenetü mesrahi'l-cerîme*, s. 50; Selmânî, *İsbâtü'l-cerîme*, s. 36; Karakuş-Ünal, "Olay Yeri İnceleme", s. 52.

39 Dehlâvî, *el-İntikâl ve'l-muâyene*, s. 34,35; Beru, *Mesrahu'l-cerîme*, s. 30, 31; Polat, *Kriminoloji ve Kriminolistik*, s. 258; Ballard, *Olay Yeri İnceleme*, s. 6.

40 Visam Ahmed Semrut, *el-Karîne ve eseruhâ fi isbatî'l-cerîme : Dirase Fıkhiyye Mukârene*, Menşûrâtü'l-Halebi el-hukukiyye, Beyrut, 2007, s. 349,350; Selmânî, *İsbâtü'l-cerîme*, s. 37,39; Karakuş-Ünal, "Olay Yeri İnceleme", s. 55; Ballard, *Olay Yeri İnceleme*, s. 8.

Günümüzde olay yeri güvenliğinin sağlanması bir takım usullere bağlanmıştır. Hem araştırmacıyı hem de olay yerindeki bulguları korumak için önlük, eldiven ve galoş gibi kıyafetler giyilmesi bu esaslardan bazılarıdır. Yoksa araştırmacı istemeyerek de olsa bazı delillerin bozulmasına sebep olabilir. Örneğin araştırma esnasında zanlının ayakkabı izlerinin bozulmaması veya başka ayakkabı izlerinin olay yerine karışmaması için galoş türü özel koruyucular giyilmeli, olay yerindeki mobilyalar kullanılmamalıdır.⁴¹

Olay yeri inceleme ekiplerinin dikkat etmesi gereken önemli hususlardan biri de sağlık ve güvenlik tedbirlerinin alınmasıdır. Özellikle terör olaylarında, yangınlarda, radyoaktif gaz sızıntılarında bu tür tedbirler ihmal edilmemelidir.⁴² Bu durumda sanık ve mağdur ile diğer kişilerin can ve mal güvenliğinin sağlanması da olay yeri güvenliği kapsamında.⁴³

3. Olay Yeri Delillerin Toplanması ve Analizi

Olay yerinden toplanan deliller günümüzde teknik ve biyolojik deliller olarak iki grupta değerlendirilmektedir. Parmak izi, kan, sperm, kıl, tükürük, deri parçaları, tırnak vs. biyolojik delilleri oluştururken elbiseler, ayakkabı ve lastik izleri, kurşun, eldiven izleri, kamera görüntüleri ve ses kayıtları teknik delil olarak sınıflandırılır.⁴⁴

Geçmişte rastgele yapılan olay yeri incelemeleri günümüzde mevzuatlarla sistematize edilerek delillerin toplanması birtakım esaslara bağlanmıştır. Olay yeri olduğu şekliyle kaydedilip belgelenene kadar hiçbir eşyaya dokunulmaması, yerinin değiştirilmemesi,⁴⁵ delillerin yeterli sayıda alınması⁴⁶ bunlardan bazılarıdır.

Delil toplarken uyulması gereken esaslar değişmemekle birlikte olay yerinde delil toplama teknikleri olay tipine göre ve delilin niteliğine göre değişmektedir.⁴⁷ Çünkü her olayda aynı yöntemle delil toplanması bazen sakıncalı bazen de yetersiz olabilir.

41 Yusuf, "Mefhûmu masrahi'l-hâdis", s. 24; Polat, *Kriminoloji ve Kriminalistik*, s. 258,259.

42 Polat, *Kriminoloji ve Kriminalistik*, s. 259.

43 Karakuş-Ünal, "Olay Yeri İnceleme", s. 36.

44 Abdullah b. Süleyman b. Muhammed İclan, *el-Kazâu bi'l-karâini'l-muâsıra*, Câmiatu'l-imam Muhammed b. Suûd el-İslâmiyye, Riyad, 2006, s. 513-711; Raddâdî, *Muâyenetü mesrahi'l-cerîme*, s. 123; Beru, *Mesrahu'l-cerîme*, s. 90,110; Yusuf, "Mefhumu masrahi'l-hâdis", s. 20,21; Polat, *Kriminoloji ve Kriminalistik*, s. 264; Karakuş-Ünal, "Olay Yeri İnceleme", s. 32.

45 Beru, *Mesrahu'l-cerîme*, s. 69-77; Polat, *Kriminoloji ve Kriminalistik*, s. 278; Karakuş-Ünal, "Olay Yeri İnceleme", s. 37.

46 Polat, *Kriminoloji ve Kriminalistik*, s. 353.

47 el-Ğanım, *et-Tekniyyâtü'l-hadise*, s. 30,54; Polat, *Kriminoloji ve Kriminalistik*, s. 278

Olay yeri Uzmanlarının en önemli işlerden birisi de elde edilen kanıtları değerlendirerek olay yeri analizi yapmaktır. Zira olay yeri incelemede delillerin analizi suçun ispatlanabilmesinin en temel prensibini oluşturmaktadır.⁴⁸

Kur'an ve sünnette olay yeri incelemenin önemine işaret eden naslar olduğu gibi Hz. Peygamber, sahabe, tabiun ve müçtehit imamlar döneminden günümüze kadar olay yerinde delillerin toplanması ve analiziyle ilgili hiç de azımsanmayacak kadar uygulamalar bulunmaktadır. Bahse konu olan örneklerden bazıları şunlardır:

i. Hz. Yusuf'un maruz kaldığı iftira Kur'an'da şöyle ifade edilmektedir: “*İkisi de kapıya koştı, kadın arkadan Yusuf'un gömleğini yırttı; kapının önünde kocasına rastladılar. Kadın kocasına “Ailene fenalık etmek isteyen bir kimsenin cezası ya hapis ya da can yakıcı bir azab olmalıdır” dedi. Yusuf: “Beni kendine o çağırdı” dedi. Kadın tarafından bir şahit, “Eğer gömleği önden yırtılmışsa kadın doğru söylemiş, erkek yalancılardandır; şayet gömleği arkadan yırtılmışsa kadın yalan söylemiştir, erkek doğrulardandır” diye şahidlik etti. Kocasının gömleğinin arkadan yırtılmış olduğunu görünce, karısına hitaben “Doğrusu bu sizin hilenizdir, siz kadınların fendi büyüktür” dedi. Yusuf'a dönerek: “Yusuf! Sen bundan kimseye bahsetme”; kadına dönerek: “Sen de günahının bağışlanmasını dile, çünkü suçlulardansın” dedi.*”⁴⁹

Hz. Yusuf'un suçsuz olduğu gömleğinin arkadan yırtılmasıyla ispatlanmıştır. Bu sonuca olay yerinde elde edilen delilin analiziyle ulaşılmıştır. Kur'an'da yer alan bu kıssa yargı erkine olay yerinden delil toplamanın ve analizinin ne kadar önemli olduğunu göstermesi bakımından önemlidir. Hadise zihinde canlandırılarak görüştürülmüş delil analizinin nasıl yapılacağı ortaya konulmuştur.

Yine Yusuf kıssasında olay yerinden delil toplanması ve faille arasındaki irtibatın kurulmasına işaret edilmektedir. Hz. Yusuf'un kardeşlerinin babalarını kandırmaları ve kardeşlerini kurt yediği şeklinde gizlediklerini zannettikleri suçun ortaya çıkarılmasına zemin hazırlayan süreç Kur'an'da şöyle anlatılmaktadır. “*Yusuf, onların yüklerini hazırlarken su kabını kardeşinin yüküne koydurdu. Sonra da bir çağırıcı şöyle seslendi: “Ey kervancılar! Siz hırsızsiniz.” Dediler ki: ‘Hükümdarın su tasını kaybettik, kim onu (bulup) getirirse, (ona armağan olarak) bir deve yükü vardır. Ben de buna kefilim.’ Onun cezası, kayıp eşya, kimin yükünde bulunursa işte o (şahsa el koymak) onun cezasıdır. Biz zalimleri böyle cezalandırırız» dediler. Bunun üzerine Yusuf, kardeşinin yükünden önce onların yüklerini aramaya*

48 Raddâdî, *Muâyenetü mesrahi'l-cerime*, s. 51.

49 Yusuf: 12/25,28.

başladı. Sonra su kabını kardeşinin yükünden çıkardı. Kardeşleri: “Ey Vezir! Onun yaşlanmış, kocamış bir babası vardır. Bizden birini onun yerine al. Doğrusu biz senin iyi davrananlardan olduğunu görüyoruz” dediler. Yûsuf, “Malımızı yanında bulduğumuz kimseden başkasını tutmaktan Allah’a sığınırız. Şüphesiz biz o takdirde zulmetmiş oluruz” dedi.⁵⁰ Kıssa suçun şahsiliği ve olay yerinde elde edilen delille failin tespit edilmesi bakımından önemlidir

“Ey babamız! dediler, biz yarışmak üzere uzaklaştık; Yusuf’u eşyamızın yanında bırakmıştık. (Ne yazık ki) onu kurt yemiştir! Fakat biz doğru söyleyenler olsak da sen bize inanmazsın. Gömleğinin üstünde sahte bir kan ile geldiler. (Ya’kub) dedi ki: Bilakis nefisleriniz size (kötü) bir işi güzel gösterdi. Artık (bana düşen) hakkıyla sabretmektir. Anlattığımız karşısında (bana) yardım edecek olan, ancak Allah’tır.”⁵¹ Kardeşleri Hz. Yusuf’u kurtun yediğini olay yerinden getirdikleri gömlekle ispatlamak istemiştir. Ancak Taberi, meşhur tefsirinde bazı rivayetlere dayanarak gömlek sağlam olduğu için Hz. Yakub’un çocuklarına inanmadığını bildirmektedir.⁵² Ayet ve hadisteki bilgiler birleştirildiğinde Hz. Yusuf’un ölüp ölmediği gerçeğine olay yerinde elde edilen bulgularla ulaşıldığı görülmektedir.

ii. Modern hukukta yapılan olay yeri inceleme çalışmalarının ilk örneklerini İslam ceza hukukunda kasame’de görmekteyiz. Zira kasame’ye başvurulup vurulmayacağı, tazminatın devlet tarafından mı yoksa asabe tarafından mı ödeneceği olay yeri inceleme sonuçlarına göre belirlenmiştir.⁵³

Bu bağlamda olay yerinde ölü olarak bulunan kişinin bir cinayete mi kurban gittiği yoksa ecelinden mi öldüğü fukaha tarafından dönemin imkanları nispetinde tespit edilmeye çalışılmıştır. Örneğin kanın vücuttan çıkış yerine göre ölüm sebebi tespit edilmeye çalışılmıştır. Hanefilerde kanın ağız, burun, makat ve zeker gibi yerlerden çıkması normal ölüm olarak yorumlanırken göz ve kulaktan çıkması cinayete olarak değerlendirilmiştir. Çünkü genellikle başkasının müdahalesi olmadan kusma veya burun kanaması gibi nedenlerle kan ağız, burun, makat ve zeker gibi yerlerden kendiliğinden çıkabilir.⁵⁴ Bir kısım fukaha ise intihar olayla-

50 Yusuf: 12/70-79.

51 Yusuf: 12/17-18.

52 Muhammed b. Cerir Ebû Ca’fer et-Taberî, *Câmiu’l-beyân fi te’vili’l-Kur’ân*, Müessesetü’r-risâle, 2000, XV, s. 580.

53 Ebu’l-Hasan Burhâneddin Ali b. Ebî Bekr Merğînânî, *el-Hidâye şerhu Bidâyeti’l-mübtedî*, Dâru ih-yai türâsî’l-Arabi, Beyrut, ts., IV, s. 499; Ebü’l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed Kurtubî, *Bidâyeti’l-müctehid ve nihâyeti’l-muktesid*, Matbatu Mustafa, Mısır, 1975, II, s. 431; Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed ibn Kudâme, *el-Muğnî*, Mektebetü’l-Kahire, 1968, VIII, s. 487; Mustafa Zuhayli, *Vesâilu’l-isbât fi’ş-Şeriatil-İslâmiyye*, Mektebetü daru’l-beyan, Beyrut, 1982, s. 531.

54 Ebû Bekr Alaeddin Ebû Bekr b. Mes’ûd b. Ahmed el-Kâsânî, *Bedâiü’s-sanâi’ fi tertibi’ş-şerâi’*, Mekke, 1986, VII, s. 287; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, s. 499.

rında olduğu gibi her kanlı ölümün cinayet olmadığını bu nedenle ağız, burun ve makattan çıkan kanla ölüm sebebinin belirlenemeyeceğini hatta insanların boğarak veya kalbine vurarak kan çıkarmadan da öldürüldüğünü savunmuştur.⁵⁵

iii. Cafer b. Muhammed'ten nakledilen rivayete göre, Ensar'dan bir gence âşık olan kadın beklediği ilgiyi göremeyince bir hileyle onu cezalandırmak ister. Yumurthanın beyazını elbiselerine ve kasıklarına bulaştırır. Sonra bağırarak Hz. Ömer'in yanına gelip sahte delili gösterir. Hz. Ömer kadınlardan durumu incelemelerini ister. Onlar da kadının bedeninde ve elbisesinde meni izleri tespit ettiklerini söyler. Bunun üzerine Hz. Ömer, itham edilen genci cezalandırmak ister. Genç, kadınla birlikte olmadığını kendini koruduğunu söyleyerek durumun iyi araştırılmasını isteyince Hz. Ömer Hz. Ali'ye fikrini sorar. Hz. Ali kaynamış suyu elbisenin üzerine dökerek yaptığı analiz sonucunda meni olduğu iddia edilen sıvının yumurtanın beyazı olduğunu tespit eder. Böylece gencin iftiraya uğradığı ortaya çıkar. Daha sonra kadın da iftira ettiğini itiraf eder.⁵⁶

Bu rivayette olay yeri incelemede bilirkişinin görevlendirilmesi, delillerin toplanması ve analizi aşamalarının tümüne rastlanmaktadır. Şöyle ki, Hz. Ömer hakimliği üstlenip konunun araştırılması için kadınları bilirkişi olarak görevlendirmiştir. Kadının elbisesi ve üzerindeki bulgular olay yerinden delil toplanması neticesinde elde edilmiştir. Sıcak suda sıvının ne olduğunun anlaşılması çabası ise delil analizinin örneğidir. Günümüzde bu tür deliller laboratuvarlarda adli tıp uzmanları tarafından incelenmektedir.

iv. Hırsızlık suçunda faile had cezasının uygulanıp uygulanmayacağı olay yerinde yapılan incelemelerden sonra kararlaştırılır. Mekan kapalı ve kilit kırılmış ise fiil hırsızlık olarak nitelenir. Çalınan mal nisab miktarına ulaştığında had cezası uygulanır. Kapının açık olması, mekanın çevrili olmaması veya bekçinin olmaması gibi durumlar had cezasının uygulanmasına mani durumlar olarak değerlendirilmiştir.⁵⁷

Hırsızlık suçunda olay yeri incelemelerinin hükme etkisinin belirleyici olduğunu gösteren etkenlerden biri de çalınan malın itham edilen kişinin yanında bulunmasıdır. Kimi fakihler çalınan malın itham edilenin yanında bulunmasını had cezasının uygulanması için yeterli görmüştür.⁵⁸ Bu değerlendirme günümüzdeki

55 İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, s. 495.

56 İbn Kayyim, *Turuku'l-hükmiyye*, s. 44.

57 Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi'*, VII, s. 69; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IX, s. 104, 119; Merğînânî, *el-Hidâye*, II, s. 366.

58 Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed ibn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkîin an rabbi'l-âlemin*, Mektebetü'l-külliyati'l-Ezheriyye, Kahire, 1968, I, s. 113; Zuhayli, *Vesâilu'l-İsbât*, s. 526.

modern hukukçuların olay yerinin bir mahal ile sınırlı olmadığı anlayışının ilk dönemden itibaren İslam hukukçuları tarafından benimsendiğini de göstermektedir.

v. Zina haddinin uygulanması olay yeriyle doğrudan ilişkilidir. Zira cezanın infazı suçun olay yerinde işlendiğinin görülmesine bağlanmıştır.⁵⁹ Buna göre zinanın yapıldığı olay yerinde görülmemişse söylentiden ibaret isnatlarla zina haddi uygulanmaz. Çünkü Hz. Peygamber “*Hadleri şüphelerle düşürünüz*”⁶⁰ buyurmuştur.

vi. İslam ceza hukukunda olay yeri incelemelerinin dikkate alındığının en önemli göstergelerinden biri de suçun daru’l-harpte veya daru’l-İslam’da işlenmesinin şahsın cezalandırılmasına etkisidir. Bir kısım fukaha “*Daru’l-harpte had uygulanmaz.*”⁶¹ rivayetini delil göstererek İslam ülkesinin sınırları dışında işlenen suçlarda had cezasının uygulanamayacağını savunmaktadır.⁶²

vii. Bazı İslam hukukçuları insanların yardım isteme imkanının olması ve devlet otoritesinin bulunmasını dikkate alarak olay yerini eşkıyalık suçunun oluşmasının temel kriterlerinden saymıştır. Bu bağlamda Hanefiler suçta eşkıyalık hükümlerinin uygulanması için şehir içinde veya dışında işlendiğinin tespit edilmesini şart koşturmuştur. Şehirde işlenen suç eşkıyalık olarak değerlendirilmezken şehir dışında işlenen suç eşkıyalık olarak değerlendirilmiştir.⁶³

viii. Bedir savaşında Muaz b. Amr b. el-Camuh ve Muaz b. Afra adında iki kardeş sahabe Ebu Cehli öldürdüğünü ve selebesinin kendisine ait olduğunu iddia edince Hz. Peygamber, kılıçlarını silip silmediklerini sorar. İkisi de silmediklerini söyleyince incelemek için kılıçlarını göstermelerini ister. Kılıçtaki kanın yoğunluğundan selebenin kimin hakkı olduğunu belirler. Hz. Peygamber olay yerinde kullanılan alet üzerindeki delili analiz ederek selebenin kime ait olduğuna karar vermiştir.⁶⁴

ix. Cinayet davalarında olay yerinde bulunan suç aletinin niteliği suçun kasıtlı, hatalı veya kasda benzer iradeyle işlenip işlenmediğinin tespitinde önemli rol oynamaktadır. Klasik kaynaklarımızda bunun örneğini suç aletinin taş, değnek veya kılıç/bıçak olmasının cezaya etkisinde görmekteyiz. Bu durum hırsızlık

59 Nisa:4/15; Nur:24/4; Buhari, “Hudûd”, 21; Ebû Dâvûd, “Diyât”, 12.

60 Abdullah b. Yusuf b. Muhammed ez-Zeylaî, *Nasbu’r-râye li-ehâdisi’l-Hidâye*, Müessesetü’r-reyyan, Beyrut, 1997, III, s. 333; Muhammed b. Ali b. Muhammed b. Abdullah eş-Şevkânî, *Neylü’l-evtâr*, Daru’l-hadis, Mısır, 1993, VII, s. 125.

61 Beyhakî, *Sünen*, IX, 178; Zeylaî, *Nasbu’r-riye*, III, s. 343

62 Serahsî, *Mebstât*, IX, s. 174.

63 Serahsî, *Mebstât*, IX, s. 201.

64 Müslim, “Cihad ve Siyer”, 13.

olaylarında olduğu gibi cinayet olaylarında da suçu ispat edilenlerin olay yerinde bulunan delillerin analizine göre cezalandırıldığını göstermektedir.⁶⁵

x. Yukarıda bahsi geçen hadisede çobanı Ureynelilerin öldürdüğü kaiflerin olay yerindeki ayak izleriyle tespit edilmiş, bu delille suçlu oldukları ispatlanan Ureyneliler cezalandırılmıştır.⁶⁶

xi. Hz. Ömer döneminde gençlerden biri öldürülür. Yapılan bütün araştırmalara rağmen katile ait her hangi bir delil bulunamaz. Ancak bir yıl sonra aynı yere yeni doğan bir çocuk bırakılır. Hz. Ömer öldürülen gençle aynı yere bırakılan çocuk arasında bir bağ olduğundan şüphelenerek olayın aydınlatılabileceğini düşünür. Bu nedenle çocuğa annelik şefkatiyle yaklaşan bir kadın olduğunda haber vermesi şartıyla nafakası devletten karşılanmak üzere çocuğu bakıcı bir kadına verir. Yıllar sonra bakıcı kadına bir cariye gelerek çocuğu efendisinin görmek istediğini söyler. Bakıcı kadın, cariye ve çocuk birlikte çocuğu görmek isteyen kadının evine giderler. Cariyenin efendisi çocuğa anne şefkatiyle sarılır. Bunu gören bakıcı durumu Hz. Ömer'e haber verir. Hz. Ömer bu kadının evine gider ve olayı anlatmasını yoksa onu öldüreceğini söyler. Bunun üzerine kadın tüm gerçeği anlatır. Kendisine anne gibi davranan ve bu sebeple sık sık yanına gidip gelen kadının bir gün yolculuğa çıkarken kıza benzeyen çocuğunu kendi yanına bıraktığını fakat gerçekte kız olmayan bu gencin kendisine tecavüz ettiğini bu esnada yanında bulduğu bıçakla onu öldürüp cesedinin bulunduğu yere attığını, ondan hamile kaldığını bir yıl sonra aynı yere çocuğu da bıraktığını söyler.⁶⁷ Bu olay aradan uzun bir süre geçmesine rağmen olay yerindeki delillerle katil ve maktul arasında bağlantı kurarak faili meçhul bir cinayetin aydınlatıldığını göstermektedir.

4. Delillerin Korunması

Günümüz hukuk adamlarının olay yeri incelemelerinde ittifak ettiği hususlardan biri de olay yerinden alınan mağdura veya faille ait olduğu düşünülen verilerin yasal zeminde korunmasıdır. Çünkü olay yerinden toplanan bulgular korunmadığında bilgilendirme niteliği taşısa da mahkeme tarafından delil olarak kabul edilmeyebilir.⁶⁸

65 ibn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, s. 265, 266; Ebü Bekr Alaeddin Muhammed b. Ahmed b. Ebi Ahmed es-Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukâhâ*, Dâru'l-Kütübî'l-ilmîyye, Beyrut, 1994, III, s. 103.

66 Buhari, "Hudûd", 17; Ebü Dâvûd, "Hudûd", 3.

67 İbn Kayyim, *Turuku'l-hükmiyye*, s. 41.

68 Yusuf, "Mefhûmu masrahi'l-hâdis", s. 23; Polat, *Kriminoloji ve Kriminalistik*, s. 278.

Olay yerinde toplanan deliller fiziksel, kimyasal ve biyolojik özelliklerine göre farklı şekillerde korunmalıdır. Bu nedenle delillerin içeriklerine göre farklı koruma usulleri geliştirilmiş⁶⁹ kanuni düzenlemeler yapılmıştır. Bu bağlamda ülkemizde de “Polisin Adli Görevlerinin Yerine Getirilmesinde Delillerin Toplanması Muhafazası ve İlgili Yerlere Gönderilmesi Hakkında Yönetmelik” çıkartılmıştır. Bu yönetmelikle olay yeri inceleme ekiplerinin delil toplarken, ambalajlarken ve naklederken uyması gereken ilkeler belirlenmiştir.⁷⁰ Ayrıca delillerin korunmasıyla ilgili olarak “Suç Eşyası Yönetmeliği” çıkartılmıştır. Bu yönetmelikle Suçta kullanılan aletlerin nasıl korunması gerektiği ve nasıl nakledileceği belirlenmiş delillerin muhafazası için “delil muhafaza ünitesi” oluşturulmuştur.⁷¹

Şüpheli, sanık veya diğer kişilerden alınan örnekleri birbirine karıştırılmaması da olay yeri incelemelerinde delillerin korunması kapsamında değerlendirilmektedir.⁷²

Hız. Ali'nin şahitlerin söylediklerini katibe yazdırması soruşturmada yapılanların o dönemde de kayda geçirilerek korunduğunu göstermesi bakımından önemlidir.⁷³

Osmanlı döneminde suç mahallinde ele geçirilen delillerin korunması için tedbirler geliştirilmiştir. Delillerin kayıt tutulmak suretiyle muhafaza edildiği 23 Kasım 1892 tarihli belgede şu şekilde yer almaktadır: “*Cinayet ya da suç işlemek isnadıyla tutuklanan ve mahkemeye sevk edilenlerin gözaltına alındıkları sırada üzerlerinde veya suç mahallinde el konulan eşya ve silahlarının suç delili olması sebebiyle yargılama esnasında mahkeme heyeti tarafından görülmesi kanun gereğidir. Böyle olmasına rağmen bu tür delillerin bazılarının kaybolması nedeniyle kimi yerlerde yargılama sürecinin uzadığı öğrenilmiştir. Bu nedenle Başbakanlık emriyle bu tür eşya ve silahların kayıtlarının bulunduğu bir defterin hazırlanarak İstanbul'a gönderilmesi için ilgili birimlere tebligat yapılmıştır.*”⁷⁴

Bilimsel gelişmelere paralel olarak delillerin korunması için olay yeri incelemelerinde fotoğraf makineleri kullanılmaya başlanmıştır. Bunu Osmanlı arşi-

69 Dehlâvî, *el-İntikâl ve'l-muâyene*, s. 40,41; Raddâdî, *Muâyenetü mesrahi'l-cerime*, s. 60; Karakuş-Ünal, “Olay Yeri İnceleme”, s. 76; Ballard, *Olay Yeri İnceleme*, s. 17.

70 Polisin Adli Görevlerinin Yerine Getirilmesinde Delillerin Toplanması Muhafazası ve İlgili Yerlere Gönderilmesi Hakkında Yönetmelik, md. 13-20.

71 Suç Eşyası Yönetmeliği, md. 5-13

72 Ebru Altaş, “Bir Koruma Tedbiri Olarak Moleküler Genetik İncelemeler ve DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl:2, sy.1, Nisan 2007, s. 93.

73 İbn Kayyım, *Turuku'l-hükmiyye*, s. 45.

74 Komisyon, *Asayiş Berkemal Polis Teşkilatının Kuruluşu ve Olay Yeri İnceleme Çalışmaları*, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. Yayınları, İstanbul, 2013, s. 144.

vinde yer alan “*Olay yerinde bırakılan parmak izlerinin fotoğraflarının alınması her zaman mümkün olamayacağından orada bulunan izleri almak üzere Viyana fotoğraf memuru tarafından icat edilen eczalı kağıttan yeterli miktarda alınması*”⁷⁵ ifadelerinden anlıyoruz.

B. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Her ne kadar terim olarak kullanılsa da bugünkü anlamda olay yeri incelemenin örneklerine hem Kur’ân’da hem de sünnette rastlanmaktadır. İslam ceza hukukunda olay yeri inceleme sahabe döneminden günümüze kadar yetkili makamın izni, ekiplerin oluşturulması, delillerin analizi ve korunması gibi tüm aşamalarıyla adli soruşturmaların en önemli basamaklarından birini oluşturmuştur.

İslam ispat hukukunda hakimin şahsi bilgisinin sınırlı hallerde delil sayılması olay yeri inceleme ekiplerinin özel bilgi ve becerilerine başvurulmasını zorunlu kılmıştır.⁷⁶ Bilim ve tıp alanındaki gelişmeler bu ekiplerin önemini daha da artırmıştır. İslam hukukunda bu gelişmeler göz ardı edilmemiş yargılama hakim tarafından yapılsa da tıpkı bugün olduğu gibi geçmişte de “ehlü’l-ilm” ve “ehlü’l-hibre” olarak isimlendirilen uzman kişilerden yararlanılmış dönemin imkanları nispetinde istifade edilmiştir. Hem hukuki ihtilafların çözümünde hem de mahkemece yapılması gereken tespit ve değerlendirmelerde tecrübesine başvuru bu kişiler olay yeri inceleme ekiplerinin ilk örneğini oluşturur.

İslam ispat hukuku sistematüğinde olay yerinde toplanan deliller ikinci derecede görülen karinelere dayanır. Tarihsel süreçte fakihlerin bu değerlendirmesini haksız görmek vicdansızlık olur. Çünkü karine olarak değerlendirilen delillerin çoğu zaman şahitlik ve ikrardan daha kuvvetli olabileceğini destekleyen imkan bulunamamıştır. Ancak günümüzde olay yerinden elde edilen deliller güvenilirliği ve tekrarlanabilirliği gibi özellikleriyle bazı şartlarda klasik ispat vasıtalarının da önüne geçmiştir.

Günümüzde olay yeri incelemeleri birtakım yasal düzenlemelerle yürütülmektedir. Delillerin toplanmasından korunması, nakledilmesi ve analizine kadar tüm detayları ihtiva eden yönetmelikler hazırlanarak olay yeri incelemenin çalışma usulleri belirlenmiştir. Düzenlemelerin bir kısmı teknik yöntemlerle diğer bir kısmı da insan haklarıyla ilgilidir. Bu esasların özellikle teknik kısmıyla ilgili

75 Komisyon, *Asayiş Berkemal*, s. 152.

76 Daha geniş bilgi için bkz. Nasi Aslan, *İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri*, Karahan Yayınları, Adana, 2014, s. 160,166.

kriterler İslam hukukunda da olduğu gibi uygulanabilir. Zira soruşturmanın güvenliği bakımında uyulması zorunludur. Ancak özellikle insan hakları noktasında İslam hukukunun yapısı gereği bir takım ilave düzenlemelere yer verilmelidir. Bunlardan bazılarını şu şekilde sıralayabiliriz.

i. Profesyonel suçlular olay yerinde asıl suçluyu gizleyerek soruşturmacıyı yanıltacak şekilde delil bırakabilir. Bunun en güzel örneği Hz. Peygamber döneminde yaşanmış ve sonuçta ayet nazil olmuştur. Rivayete göre Zafer oğullarından Tu'me b. Ubeyrik, komşusu Katade b. Numan'ın un çuvalından zırhı çalar. Ancak çuvalı kendi evinde değil de Yahudilerden Zeyd b. Semin'in evinde saklar. Zırh Tu'me'nin evinde aranır fakat bulunamaz. Üstelik Tu'me zırhtan haberi olmadığını söyler, yemin ederek insanları inandırır. Bunun üzerine oradakiler olay yerindeki un izini takip ederler. İz insanları Yahudinin evine götürür. Zırhı da burada bulurlar. Yahudi zırhı kendisine Tu'me'nin verdiğini söyler. Olayın böyle olduğuna bazı Yahudiler de şahitlik eder. Bunun üzerine Zafer oğullarından bir grup Hz. Peygamber'e giderek zırhı Tu'me'nin çalmadığını, haksız yere suçlandığını, buna karşılık çalınan mal yanında bulunan Yahudinin aklanacağını söyleyerek ikna etmeye çalışırlar. Hz. Peygamber bir an Zafer oğullarına İnanır ve Yahudiyi cezalandırmaya teşebbüs eder. Ancak Nisa suresinin şu ayetleri nazil olur. *"Allah'ın sana gösterdiği şekilde insanlar arasında hükmedesin diye sana Kitab'ı hak ile indirdik; hainlerden taraf olma ve Allah'tan mağfiret iste, çünkü Allah, çok yargılayıcı, ziyadesiyle esirgeyicidir. Kendilerine hıyanet edenleri savunma; çünkü Allah hainliği meslek edinmiş günahkârları sevmez. Allah'ın sana lütfu ve esirgemesi olmasaydı, onlardan bir grup seni saptırmaya yeltenmişti. Onlar yalnızca kendilerini saptırırlar, sana hiçbir zarar veremezler. Allah sana Kitab'ı ve hikmeti indirmiş ve sana bilmediğini öğretmiştir. Allah'ın lütfu sana gerçekten büyük olmuştur."*⁷⁷ Bu nedenle olay yerinde toplanan bulgular suçlu ile suç arasındaki bağlantısından emin olmadıkça delil olarak kullanılmamalıdır. *"Ey iman edenler! Size bir fasık bir haber getirirse, bilmeyerek bir topluluğa zarar verip yaptığınıza pişman olmamak için o haberin doğruluğunu araştırın."*⁷⁸ ayetinde belirtildiği gibi bulgulara şüpheyle yaklaşılmalıdır. Ayetten ilk anlaşılan insanın verdiği bilgiler olsa da olay yerinden elde edilen bilgilerin doğruluğunun araştırılmasına da dolaylı olarak işaret edilmektedir. Çünkü olay yerinden toplanan deliller olayın nasıl ve kimin tarafından işlendiğini haber veren sessiz şahitlerdir. Nitekim *"O gün ağızlarını mühürleriz, Bizimle elleri konuşur, ayakları da yaptıklarına şahitlik eder."*⁷⁹ ayetiyle biyolojik delillerin haber kaynağı olabileceğine delalet etmektedir.

77 Nisa: 4/105-113.

78 Hucurat: 49/ 6.

79 Yasin: 36/65.

ii. Olay yeri incelemeleri insanın canı, malı ve namusunun muhterem olduğu⁸⁰ kuralından hareketle maksad-ı şeriadan beklenen hedefler gözetilerek mahremiyetin korunması, özel hayatın gizliliği ve tecessüs yapılmaması ilkeleri çerçevesinde yürütülmelidir. Tüm çalışmalar kamu güvenliği ve insan hakları arasındaki dengeyi koruyarak yapılmalıdır.

*“Ey iman edenler! Kendi evlerinizden başka evlere, geldiğinizde ev sahiplerine selâm vermeden girmeyin. Bu davranış sizin için daha hayırlıdır. Düşünüp anlayasınız diye size böyle öğüt veriliyor. Eğer evde kimseyi bulamazsanız, size izin verilmeye kadar oraya girmeyin. Eğer size, “Geri dönün” denirse, hemen dönün. Çünkü bu, sizin için daha nezih bir davranıştır. Allah, yaptıklarınızı hakkıyla bilendir.”*⁸¹ ayetleri başkasının evine izinsiz girilmesine bile izin vermediğine göre üst arama, ev arama, zanlıdan biyolojik delil alma gibi soruşturma ve delil toplama faaliyetleri “kuvvetli şüphe” olduğu durumlarda resmi izinle yapılmalıdır. Müslümanın mahremiyet haklarının ölümünden sonra da devam ettiği bilgisinden hareketle hem maktulün hem de zanlının beden mahremiyetine riayet edilmelidir.

*“Ey iman edenler! Zannın birçoğundan sakının. Çünkü zannın bir kısmı günahıdır. Birbirinizin kusurlarını ve mahremiyetlerini araştırmayın. Birbirinizin giybetini yapmayın. Herhangi biriniz ölü kardeşinin etini yemekten hoşlanır mı? İşte bundan tiksindiniz! Allaha karşı gelmekten sakının. Şüphesiz Allah tövbeyi çok kabul edendir, çok merhamet edendir.”*⁸² Ayetinde işaret edildiği gibi olay yeri incelemelerinde kişilik haklarını zedeleyecek özel bilgiler teşhir edilmemeli, veriler yetkisiz kişi ve kurumlarla paylaşılmamalıdır. Böylece hem soruşturmanın gizliliği hem de delillerin güvenliği sağlanmış olur.

iii. Olay yeri inceleme ekibi uzman, görev sorumluluğunun bilincinde, adalet duygusu yüksek ve ahlaklı kişilerden oluşturulmalı aralarında mutlaka kadın üye bulundurulmalıdır. Aksi halde soruşturmanın güvenliği tartışılır hale gelebilir. Normal hayatta kadın-erkek ilişkilerini düzenleyen kurallara zorunlu haller dışında soruşturma süresince de uyulmalıdır. Bu bağlamda yaşayan kadınla olduğu gibi olay yerinde bulunan kadın cesediyle yabancı bir erkeğin halvetine izin verilmemeli, beden mahremiyetine itibar edilmeli, mümkün olduğu kadar otopsi, vücut muayenesi, vücuttan örnek alma gibi delil toplama işlemleri kadın uzmanlar tarafından yapılmalıdır.

80 İsrâ: 17/ 70; Müslim, “Birr”, 10.

81 Nur: 24/27, 28.

82 Hucurat: 49/12.

أحكام القتل الخطأ الناتج عن حوادث المرور في الفقه الإسلامي*

بهاء الدين الجاسم**

مستخلص: يُعدّ حفظ النفس من أهم مقاصد الشريعة الكليّة، لذا كان التعدي عليها أو إزهاقها - ولو خطأ - من الجرائم التي يترتب عليها عددٌ من الآثار والمسؤوليات في الفقه الإسلامي. وقد تكلم الفقهاء المتقدمون حول أحكام القتل الناتج عن حوادث المرور بما يتناسب مع زمانهم، أما اليوم فقد تطورت وسائل النقل، وتعددت صور القتل الناتجة عنها، لذا كان من اللازم بيان أحكام هذه المسائل بما يتناسب مع عصرنا الحاضر. ولما كانت هذه الجرائم في أغلبها من باب القتل الخطأ، رأيت أن أقتصر في بحثي على أحكام القتل الخطأ فقط. وقد بدأت البحث بعرضٍ موجزٍ لأنواع القتل وما يترتب على كل نوع، وتطبيقاتها على حوادث السير، ثم تكلمت حول مسؤولية السائق عن القتل الخطأ، ثم عرضت أحكام الدية، وأحكام الكفارة وتعددتها، والتي تعد من المسائل التي ناقشها مجمع الفقه الإسلامي الدولي في ثلاث دوراتٍ مختلفة، ولم يُصدّر فيها قراراً نهائياً بعد.

الكلمات المفتاحية: القتل الخطأ، حوادث المرور، مسؤولية السائق، الدية، الكفارة.

İslam Hukukunda Hataen Yapılan ve Ölüm ile Sonuçlanan Trafik Kazalarının Hükümleri

Özet: Nefsin korunması ilkesi Mekasid-ı Şerî'â'nın önemli gördüğü değerlerden birisi olarak kabul edilmektedir. Bundan dolayı hataen yapılsa dahi nefsin ölümüne veya zararına sebep olmak, İslam Hukukunda çeşitli sorumlulukları ve neticeleri olan suçlardandır. İlk dönem fıkıh alimleri kendi zamanlarına uygun olarak ölümle sonuçlanan trafik kazalarının hükümlerinden bahsetmişlerdir. Fakat günümüzde modern taşıtların daha da gelişmesi çok çeşitli ölümlerin de meydana gelmesine sebep olmaktadır. Bu durum asrımıza uygun olarak bu meselelerin hükümlerini ortaya koymamızı zaruri kılmaktadır. Trafik kazalarının çoğu bilmeden yapıldığından, çalışmamızda hataen öldürme ve hükümlerini işlemeye çalıştık. Çalışmamızın başında özet olarak her türlü ölüm çeşitlerini ele almaya gayret ettik. Akabinde şoförün sorumluluğunu, hataen adam öldürme ve diyet hükümlerini arz etmeye, Daha sonra Uluslararası Fıkıh Akademisinin farklı üç toplantısında ele alınan fakat henüz bir karara varılamayan kefaretin hükümlerini ve miktarını ele almaya çalıştık..

Anahtar Kelimeler: Hataen Öldürme, Trafik Kazaları, Şoförün Sorumluluğu, Diyet, Kefaret.

* قُدّم وعُرض هذا البحث في مؤتمر (الدين والمرور) الذي انعقد في كلية الإلهيات بجامعة إينونو - ملاحية بتاريخ 07 - 09 / نيسان / 2016 م.

** محاضر، طالب دكتوراه، جامعة سوتشو إمام كهرمان مرعش، كلية الإلهيات، قسم الفقه الإسلامي، balgasem@ksu.edu.tr

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد: فقد أصبحت حوادث المرور خطرًا كبيرًا يلحق بالأنفس والممتلكات، فقد جاء في إحصائيات منظمة الصحة العالمية لعام ٢٠١٥ أن كل عام يشهد وفاة نحو ١,٢٥ مليون نسمة نتيجة حوادث المرور. وهناك ٢٠ إلى ٥٠ مليوناً من الأشخاص يتعرضون لإصابات غير قاتلة، وما زال وباء الإصابات الناجمة عن تصادمات الطرق يتزايد في معظم أنحاء العالم^١.

ومن المعروف أن الشريعة الإسلامية قد أولت الحياة البشرية أعلى درجات الاهتمام، فكان حفظ النفس من أهم مقاصد الشريعة، وبناءً على ذلك فإن الشريعة قد بينت أحكام السير والطرق، من خلال القواعد التشريعية العامة، التي يأتي فقهاء كل عصر ليطبّقوها وفق ما يتناسب مع عصرهم.

وقد تكلم الفقهاء المتقدمون عن هذه الحوادث في أبواب الديات، وذكروا صوراً ومسائل تدل على مدى تعمقهم في بيان صور هذه الحوادث والفروق بينها، ومن الملاحظ أن هذه المسائل من أقل ما وقع فيها الاختلاف بين الفقهاء، ويرجع ذلك إلى اعتماد الفقهاء على قواعد عامة، تضبط جميع الصور والحالات المختلفة لحوادث السير.

لذا كان لزاماً على الفقهاء المعاصرين أن يتعرفوا إلى هذه القواعد، ويطبّقوها على الصور المعاصرة لحوادث السير، وخصوصاً وأنه قد تطورت وسائل النقل، وتنوعت حوادثها، وتفاقت أعداد ضحاياها.

وقد تناول مجمع الفقه الإسلامي الدولي موضوع حوادث السير في أكثر من دورة، أولها الدورة الثامنة في عام ١٩٩٣، إذ ذُكر في القرار ٧١ (٢/٨) القواعد العامة أحكام السير، من وجوب الالتزام بقوانينه، ووجوب تطبيق الأحكام الفقهية في الحوادث الناتجة عنها، مع ذكر بعض القواعد الفقهية العامة في الضمان^٢.

١ منظمة الصحة العالمية، التقرير العالمي عن حالة السلامة على الطرق ٢٠١٥، على الرابط:

http://www.who.int/violence_injury_prevention/road_safety_status/ar/2015 /ar/2015 (٢٨،٠١،٢٠١٦)

٢ مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، جدة، العدد الثامن، ١٩٩٣، (١٧١/٢).

ثم جاءت الدورة الرابعة عشرة المنعقدة عام ٢٠٠٣، إذ عرضت فيها الأبحاث الفقهية، ثم أُجِّل البت في الحكم في مسائل: تعدد الكفارة، والبدائل عند فقد العاقلة، وحرمان القاتل خطأ من الميراث^٣.

وأخيراً عقدت الدورة الحادية والعشرون عام ٢٠١٣، حيث نص فيها القرار ١٩٧ (٣/٢١) على وجوب الالتزام بقواعد المرور، وترتب المسؤولية الجنائية على السائق، وإحالة عقوبته إلى ولي الأمر^٤، وبقيت المسائل الثلاث المؤجلة دون إصدار قرار فيها.

وقد أحسنت كلية الإلهيات في جامعة إينونو التركية إذ قامت بتنظيم مؤتمر (الدين والمرور)، وأحسبت أن أشارك فيه ببحثٍ أسميته: « أحكام القتل الخطأ الناتج عن حوادث المرور في الفقه الإسلامي » سائلاً الله تعالى أن يجعله لبنةً في إصلاح المجتمع، والحد من حوادث المرور، وبيان الأحكام الفقهية المترتبة عليها، وجعلته في مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة.

1. أنواع القتل في الفقه الإسلامي، وما يترتب على كل نوع، وتطبيقهما في حوادث السير:

1.1. أنواع القتل، وما يترتب على كل نوعٍ منها:

لم يرد في القرآن الكريم إلا ذكر نوعين للقتل، هما القتل العمد، والقتل الخطأ، مما دفع بالإمام مالك إلى القول بهذين النوعين فقط، حيث قال: "إنما هو عمد أو خطأ، ولا أعرف شبه العمد"^٥، في حين ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى تقسيم القتل إلى: عمدٍ وشبه عمدٍ وخطأ، وأضاف الحنفية: ما جرى مجرى الخطأ، والقتل بالتسبب.

1.1.1. القتل العمد: اتفق الفقهاء على اشتراط القصد في القتل العمد، إلا أن القصد نوعان: قصدٌ جنائي يقصد فيه الإنسان الفعل ونتيجته، وقصدٌ للفعل المجرد دون إرادة نتيجته^٦. فهل يشترط في القتل العمد القصد الجنائي، أم يتحقق العمد في قصد الفعل المجرد دون إرادة نتائجه؟ ذهب المالكية^٧ إلى أن العمد يتحقق بقصد الفعل المجرد، سواءً أريدت

٣ مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، جدة، العدد الرابع عشر، ٢٠٠٤، (١٨٥/٣).

٤ القرار في موقع المجمع على الرابط: <http://www.fiqhacademy.org.sa/>

٥ ابن انس، مالك، المدونة الكبرى، برواية سحنون، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٤، (٥٥٨/٤).

٦ أبو زهرة، محمد، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي: الجريمة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٨، (٢٨٦-٢٨٧).

٧ الدردير، أحمد بن محمد، الشرح الكبير على مختصر خليل، ومعه حاشية الدسوقي، تحقيق: محمد عيش، دار الفكر، بيروت، (٢٤٢/٤).

النتيجة أم لا، فمدار الحكم عندهم هو قصد العدوان، دون النظر إلى آلة القتل، في حين ذهب الحنفية⁸ والشافعية⁹ والحنابلة¹⁰ إلى اشتراط القصد الجنائي، ولما كان هذا القصد مستتراً في القلب، أقاموا آلة القتل مقام القصد الجنائي، فجعلوا استعمال الآلة التي يغلب القتل فيها مقام قصد القتل.

ويترتب على القتل العمد: الإثم، والقصاص، أو الدية، أو العفو عنهما، والحرمان من الميراث، الكفارة عند الشافعية¹¹.

1.1.2. القتل شبه العمد: اتفق الحنفية¹² والشافعية¹³ والحنابلة¹⁴ على أن شبه العمد هو قصد الشخص بها لا يقتل غالباً، أما المالكية¹⁵ فلم يقولوا بشبه العمد في المشهور عندهم كما تقدم. ويترتب على شبه العمد: الإثم: فإن قصد الجاني القتل أثم إثم القتل، وإن قصد الضرب أثم إثم الضرب¹⁶، مع لزوم الدية، والكفارة، والحرمان من الميراث، وهذا باتفاق المذاهب الثلاثة¹⁷.

1.1.3. القتل الخطأ: وهو الذي لم يقصد به القتل ولا الضرب، وقد قسمه الحنفية¹⁸ والحنابلة¹⁹ إلى قسمين: خطأ في القصد: كأن يرمي شيئاً يظنه صيداً فيظهر أنه إنسان، أو من يظن أنه حربي فيظهر أنه مسلم، وخطأ في الفعل: كأن يرمي غرضاً فيصيب به آدمياً، ولا أثر لهذا التقسيم إلا بيان تنوع صور القتل، لذا أطلق المالكية²⁰ والشافعية²¹ القول بأنه ما فُقد فيه قصد الفعل أو الشخص أو كلاهما.

٨ ابن عابدين، محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، ٢٠٠٣، (١٠/١٥٦).

٩ الشربيني، محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق: محمد عيتاني، دار المعرفة، بيروت، ط١، ١٩٩٧، (٨/٤).

١٠ البهوتي، منصور بن يونس، كشف القناع عن الإقناع، وزارة العدل السعودية، ط١، ٢٠٠٨، (٢٠٩/١٣).

١١ الشربيني، مغني المحتاج، (١٣٩/٤).

١٢ ابن عابدين، الحاشية، (١٠٩/١٠).

١٣ الشربيني، مغني المحتاج، (٨/٤).

١٤ البهوتي، كشف القناع، (٢٢٢/١٣).

١٥ الدردير، الشرح الكبير، (٤/٢٤٢).

١٦ ابن عابدين، الحاشية، (١٠/١٥٩).

١٧ ابن عابدين، الحاشية، (١٠/١٥٤)؛ الشربيني، مغني المحتاج، (٣/٣٦)؛ البهوتي، كشف القناع، (١٠/٥١٧).

١٨ القدوري، أحمد بن محمد، المختصر، تعليق: غلام مصطفى السندي القاسمي، دار ابن كثير، بيروت، ط٢، ٢٠١٤، (٤٣٢).

١٩ البهوتي، كشف القناع، (٢٢٥/١٣).

٢٠ ابن جزى، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، دار القلم، بيروت، (٢٢٦).

٢١ الشربيني، مغني المحتاج، (٨/٤).

ويترتب على القتل الخطأ: الدية والكفارة باتفاق الفقهاء، والمنع من الميراث. وسيأتي الكلام عن ذلك لاحقاً.

1.1.4. ما جرى مجرى الخطأ: ذكر الحنفية هذا النوع، ومثلوا له بالنائم الذي يسقط على آخر فيقتله بثقله، أو كانت بيده لبنة فسقطت على آخر فقتلته، كذلك عمد الصبي والمجنون والمعته، ولم يعدوه خطأً محضاً لأنه لا يتصور القصد منه حتى يتصور تركه للقصد، ورتبوا عليه أحكام القتل الخطأ، من الدية والكفارة والحرمان من الميراث، والسبب في ذلك أن الجاني لم يتحرز عن فعلٍ يحتمل أن يقتل غيره فيه²².

وأما المالكية²³ والشافعية²⁴ والحنابلة²⁵: فعدوا هذا القتل داخلياً تحت القتل الخطأ.

1.1.5. القتل بالنسب: وذكر هذا النوع أيضاً الحنفية، وهو كمن حفر حفرةً أو وضع حجراً في الطريق بغير حق، فمات بسببه آخر، فهو قتل بالنسب، ورتب عليه الحنفية الدية على العاقلة، ولا تجب الكفارة فيه، ولا يجرم القاتل من الميراث²⁶.

أما غير الحنفية فلم يفرّدوا للقتل بالنسب نوعاً خاصاً، وإنما ذكروا حالاته المتنوعة تحت مسائل مختلفة، كالقتل بالإكراه، أو القتل بالشهادة، أو بحكم الحاكم، أو بحفر حفرة في الطريق العامة ونحوه²⁷، ولا مجال لذكر هذه المسائل هنا، إلا ما يتعلق بموضوع هذا البحث، حيث سأذكره في مكانه إن شاء الله.

1.2. تطبيق أنواع القتل على حوادث السير:

أما تطبيق أحكام القتل العمد في حوادث السير: فمن النادر أن يقع القتل العمد في هذه الحوادث، ولكن إذا تعمد السائق قتل آخر، فإن أحكام القتل العمد تطبق عندئذٍ، وعندها

٢٢ العيني، محمود بن أحمد، البناية في شرح الهداية، مع تعليقات الرامفوري، دار الفكر، بيروت، ط ٢، ١٩٩٠، (٩٧/١٢)؛ ابن عابدين، الحاشية، (١٠ / ١٦١).

٢٣ ابن جزي، القوانين الفقهية، (٢٢٦).

٢٤ الشربيني، مغني المحتاج، (٨/٤).

٢٥ البهوتي، كشف القناع، (٢٢٥/١٣).

٢٦ ابن عابدين، الحاشية، (١٠ / ١٦٢).

٢٧ انظر المصادر المتقدمة، ويمكن مراجعة: أبو زهرة، الجريمة، (٢٩١).

لا خلاف بين الفقهاء في وصف القتل بأنه عمد، إذ أن وسائل النقل تعد من الآلات التي تقتل في الغالب^{٢٨}، لأنها في الحقيقة هي حديدٌ تحرّكه النار^{٢٩}، ويرجع تقدير كون القتل عمداً إلى الجهات المختصة.

أما تطبيق أحكام شبه العمد: فإنه ليس من المتصور أن يتحقق هذا النوع من القتل في حوادث السير، لأن هذه الحوادث إما أن تكون مقصودةً، وبالتالي فهي من باب العمد، أو غير مقصودة، فهي من باب الخطأ، ومعلومٌ أن وسائل النقل هي من الآلات التي تقتل غالباً، وتقدم في تعريف شبه العمد أنه يكون بها لا يقتل غالباً^{٣٠}.

وأما القتل الخطأ في حوادث السير: فمعلومٌ أن هذا النوع من القتل هو الغالب الذي يقع في حوادث السير، وما وصفه الفقهاء في قتل الخطأ لا يختلف تطبيقه في حوادث السير، فالخطأ إما أن يكون في القصد أو في الفعل، والسائق إنما قصد السير في طريقه المعتاد، وإذا به يصطدم بسيارةٍ أخرى، أو بإنسانٍ فيقتله، فهذا خطأ في القصد، أو أنه فعل ما يجوز له فعله من استخدام وسيلة النقل والسير في الطريق المعد لذلك، فإذا به يصدم إنساناً فيقتله، فيكون هنا الخطأ في الفعل^{٣١}.

وأما ما جرى مجرى الخطأ: فمثاله حوادث السير التي تقع حال كون السائق طفلاً صغيراً. وأما القتل بالنسيب: فكأن يوقف أحد سيارته في مكانٍ، فيصطدم بها آخر فيموت نتيجة هذا الاصطدام.

إلا أن مسؤولية سائق وسيلة النقل عن هذا الخطأ تختلف باختلاف معطيات الحادث، لذا لا بد من بيان هذه المسؤولية وشرطها.

٢٨ الحداد، أحمد بن عبد العزيز، "مسؤولية سائق وسائل النقل الجماعية في قتل الخطأ وتعدد الكفارة"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع عشر، جدة، ٢٠٠٤، (١٢٤/٣).

٢٩ هذا على قول جمهور الفقهاء، وقد انفرد الإمام أبو حنيفة باشتراط كون الآلة مما يقصد به الجرح والقتل عادةً، وبذلك فتكون السيارة ليست من آلات القتل العمد عند الإمام، وإنما يكون شبه عمد عنده. انظر: ابن عابدين، الحاشية، (١٠/١٨٦).

٣٠ المرجع نفسه، (١٢٤/٣).

٣١ المرجع نفسه، (١٢٨/٣).

2. مدى مسؤولية السائق عن عربته وما تحدثه من أضرار:

الأصل أن الإنسان ضامنٌ ومسؤولٌ عن كل ضرر يقع بسببه، إلا في حالات سيأتي بيانها، ومن أول ما يستدل به على وجوب الضمان قوله تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحَكْمِهِمْ شَاهِدِينَ * فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا﴾ [الأنبياء ٢١: ٧٨-٧٩]، وقد ذكر الطبري ما حصله أن سيدنا داود وسليمان قد اتفقا على وجوب الضمان على صاحب الغنم التي تعدت على أهل الزرع، واختلفا في كيفية الضمان^{٣٢}.

وورد في الحديث أيضاً: «من أوقف دابةً في سبيل من سبل المسلمين، أو في سوق من أسواقهم، فأوطأت بيدٍ أو رجلٍ، فهو ضامن» [الدارقطني: الحدود والديات، ٣٣٨٥]، فهذا الحديث وإن كان ضعيفاً من ناحية سنده، إلا أن اتفاق أقوال الفقهاء وفتاواهم التي لا تُحصَر تنص على وجوب الضمان في مثل هذه الحالات.

وفي ضوء هذه الفتاوى والنصوص الفقهية، قام الفقهاء المتأخرون بصياغة قواعد عامة في أبواب الضمان، يحسن ذكرها هنا، لشدة تعلقها بمسائل حوادث السير، وهي:

- القاعدة الأولى: المرور في طريق العامة مباح بشرط السلامة فيها يمكن الاحتراز عنه^{٣٣}.
- القاعدة الثانية: المباشر ضامنٌ وإن لم يتعمد^{٣٤}.
- القاعدة الثالثة: المتسبب لا يضمن إلا بالتعدّي^{٣٥}.
- القاعدة الرابعة: إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر^{٣٦}.

واستناداً إلى هذه القواعد، يمكن بيان أحكام حوادث السير، ومتى يكون السائق مسؤولاً عنها وفق التفصيل الآتي:

٣٢ الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: عبد الله التركي، دار هجر، القاهرة، ط ١، ٢٠٠١، (٣٢٢/١٦).

٣٣ مجلة الأحكام العدلية، مادة: ٩٢٦.

٣٤ مجلة الأحكام العدلية، مادة: ٩٢.

٣٥ مجلة الأحكام العدلية، مادة: ٩٣.

٣٦ مجلة الأحكام العدلية، مادة: ٩٠.

إنَّ السائق إما أن يكون مباشراً للقتل الخطأ، أو أن يكون متسبباً فيه، وإما أن يجتمع مباشر ومتسبب، وهذا الخطأ إما أن يكون صادراً من السائق وحده، أو أن يكون الخطأ صادراً منه ومن غيره.

2.1. إذا كان السائق مباشراً للقتل: ويقصد بالمباشرة: "أن يحصل التلف بفعله من غير أن يتخلل بين فعله والتلف فعلٌ مُختارٌ"³⁷، فلا تنسب المباشرة للسائق إلا إذا صحت نسبة القتل إليه، فلو تدخل أمرٌ آخر لم يكن السائق مباشراً، كما لو أوقف السائق سيارته وقوفاً صحيحاً عند إشارة المرور، فجاءت سيارة فصدته ودفعته ليصدم رجلاً أو سيارةً أخرى، فلا ضمان على الواقف، لأن المباشرة لم تكن تامةً هنا³⁸.

وهذه المباشرة إما أن تكون نتيجة تعدد من السائق، أو أن تكون دون تعدد منه.

A. فإن كان السائق متعدداً: فإنه لا خلاف في وجوب تضمينه، فإن أدى فعله إلى قتلٍ ترتب على فعله أحكام القتل الخطأ، وإن أدى إلى تلف عضوٍ، أو مالٍ: وجب ضمان هذا التلف وفق ما هو مقرر شرعاً.

وأما الصور التي يُعدُّ فيها السائق متعدداً ومسؤولاً عن فعله غير العمدي: فقد أشار قانون العقوبات القطري لعام 2004 في المادة (311) إلى هذه الصور، وهي³⁹:

- أ) الإهمال: كأن يسيّر سيارته بسرعة زائدة في شارع مزدحم دون تنبيه الهارة إليه.
- ب) الرعونة: كأن يغير اتجاه سيره دون تنبيه الناس إلى ذلك، فيصطدم به غيره.
- ت) عدم الاحتراز: كالسائق الذي ينحرف إلى اليسار ليتجاوز سيارةً أمامه، دون أخذ الحيطة والحذر، مما يؤدي إلى أن يصطدم به آخر من خلفه.
- ث) عدم مراعاة القوانين واللوائح: وتشمل هذه الحالة كل مخالفة لقوانين السير الصادرة

٣٧ الحموي، أحمد بن محمد مكي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٨٥، (٤٦٦/١).

٣٨ النجيمي، محمد بن يحيى، "المسؤولية الجنائية على قائد المركبات بسبب السرعة والإهمال"، الدورة الحادية والعشرون لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، (المملكة العربية السعودية، الرياض، ٢٠١٣)، غير مطبوع (١٢).

٣٩ يمكن إدخال جميع هذه الصور تحت مادة واحدة، وهي الإهمال، فجميع هذه الصور يمكن وصفها بأنها إهمالٌ أو نتيجة للإهمال، ولكن فصلتها عن بعض جرباً على ما قام به قانون العقوبات القطري.

من الجهات المعنية، كالقيادة دون رخصة، أو تجاوز الإشارة الحمراء، أو تجاوز حدود السرعة المسموح بها، أو السير في الاتجاه المعاكس⁴⁰.

ج) ويمكن أن يضاف إلى ذلك أيضاً: تقصير السائق بأعمال الصيانة التي تحتاجها السيارة، ومراقبة العجلات، والمصابيح، والحالة الفنية للسيارة، وكذلك استعمالها في غير ما هي معدة له.

B. وأما إن كان السائق غير متعمد: كأن يقود عربته مراعيًا قواعد السير، دون إهمالٍ أو رعونة، ومع أخذه كافة الاحتياطات اللازمة، إلا أنه صدم رجلاً خرج أمامه فجأة، أو اعترض أمامه قطعاً من الحيوانات، فأدى إلى وفاة من في الحافلة، فهل يضمن السائق هنا؟ يفرق هنا بين حالتين:

(a) هل كان بإمكان السائق التحرز عن هذا الحادث؟ فإن كان بإمكانه التحرز ولم يفعل، فإنه يعد مسؤولاً هنا، وعليه الضمان، لإفراطه وتركه التحرز⁴¹.

(b) وأما إذا كان السائق لا يستطيع التحرز عن هذا الحادث: كأن وقع نتيجة قوة قاهرة لا يستطيع دفعها، مع أخذه كافة الاحتياطات: فقد اختلفت آراء الفقهاء في هذه الصورة، وذهبوا إلى مذهبين:

- المذهب الأول: وجوب الضمان على السائق، مع سقوط الإثم عنه، لأنه هو المباشر للقتل، والمباشر ضامنٌ وإن لم يتعمد، ولأن الفعل منسوبٌ له، وهذا مقتضى مذهب المالكية⁴² والشافعية⁴³. حيث ذهبوا إلى أن من جمحت به دابته، فقتلت إنساناً، أو أتلفت مالا، فإن ركبها يضمن ذلك. جاء في الشرح الكبير للدردير المالكي: "الراجح أن العجز الحقيقي في المتصادمين كالحط، فيه ضمان الدية في النفس، والقيم في الأموال"⁴⁴، وقال النووي:

٤٠ الشمري، ثقبيل بن سائر، "الأسباب الموجبة للمسؤولية في حوادث المرور"، الدورة الحادية والعشرون لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، المملكة العربية السعودية، الرياض، ٢٠١٣، غير مطبوع، (١٢-١٤).

٤١ ابن عابدين، الحاشية، (٢٨٠/١٠)؛ البهوتي، كشاف القناع، (٣٣١/٩).

٤٢ ابن أنس، المدونة الكبرى، (٦٦٦/٤)؛ الدردير، الشرح الكبير، (٢٤٨/٤).

٤٣ ابن الرفعة، أحمد بن محمد، كفاية النبيه شرح النبيه، تحقيق: مجدي باسلوم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ٢٠٠٩، (٥٢/١٦)؛ البجيرمي، سليمان بن محمد، تحفة الحبيب على شرح الخطيب الشربيني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٩٦، (٨٥/٥).

٤٤ الدردير، الشرح الكبير، (٢٤٨/٤).

”ولو غلبتها الدابتان، فجرى الاصطدام والراكبان مغلوبان؛ فالمذهب أن المغلوب كغير المغلوب“⁴⁵ أي في وجوب الضمان عليه.

- المذهب الثاني: عدم وجوب الضمان على السائق، لأن المباشر يضمن ما يمكنه الاحتراز عنه، أما ما كان خارج حدود قدرته، فلا يضمنه، وهذا مقتضى كلام الحنفية⁴⁶ والحنابلة⁴⁷، حيث ذهبوا إلى أن من جمحت به دابته، فقتلت إنساناً، أو أتلفت مالا، فإن ركبها لا يضمن ذلك، جاء في حاشية ابن عابدين: ”لو جمحت به دابته، ولم يقدر على ردها، فإنه لا يضمن“⁴⁸. فكذلك يكون سائق السيارة الذي لم يتعدَّ، ولم يتمكن من التحرز، فإنه لا يضمن.

- الترجيح: يبدو أن الراجح في هذه المسألة والله أعلم هو القول الثاني، وهو عدم تضمين السائق حال عدم تعديه، وذلك للأسباب الآتية:

• أن من أول مبادئ التكليف في الشريعة الإسلامية: { لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا } [البقرة 2: 286]، فكيف يسوغ تكليف ومحاسبة الإنسان عما هو فوق طاقته.

• أن الذي أدى إلى وقوع هذا الحادث هو المباشرة من السائق، والتسبب من المعترض للطريق، والمتسبب هو المتعدي، والمتعدي هو الضامن⁴⁹.

• أن الحادث لم ينتج عن خطأ السائق، وإنما عن خطأ غيره، والإنسان لا يحمل مسؤولية خطأ الغير.

• أن الرجل الذي اعترض السائق في طريق السيارات، يكون قد ألقى نفسه في التهلكة، فيكون هو المسؤول عن ذلك، لأنه هو الذي تسبب في قتل نفسه.

وهذا الرأي قد اختاره مجمع الفقه الإسلامي الدولي في القرار (71)⁵⁰، واللجنة الدائمة

٤٥ النووي، يحيى بن شرف، روضة الطالبين، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، ٢٠٠٣، (١٨٥/٧).

٤٦ البغدادي، محمد بن غانم، مجمع الضمانات، تحقيق: علي جمعة، دار السلام، القاهرة، ط١، ١٩٩٩، (٤٢٤/١)؛ ابن عابدين، الحاشية، (٢٨٠/١٠).

٤٧ ابن قدامة، عبد الله بن أحمد ابن قدامة، المغني، تحقيق: عبد الله التركي، دار عالم الكتب، الرياض، ط٣، ١٩٩٧، (٥٤٩/١٢)؛ البهوتي، كشاف القناع، (٣٣٢/٩).

٤٨ ابن عابدين، الحاشية، (٢٨٠/١٠).

٤٩ الخطيب، عبد العزيز، ”مسؤولية سائق السيارة في ضوء الفقه الإسلامي“، مجلة العدل السعودية، العدد (٣١)، الرياض، ١٤٢٧هـ، (١٧٣).

٥٠ مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد الثامن، (١٧١/٢).

بهيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية⁵¹، وقال به أيضاً: عبد القادر عودة⁵²، ووهبة الزحيلي⁵³، وغيرهم.

تعقيب: إن القول بسقوط المسؤولية عن السائق حال عدم تعديه ربما يستغله ضعاف الإيمان من السائقين، بادعاء عدم تقصيرهم، وأن المجني عليه هو الذي تسبب بقتل نفسه، وخصوصاً وأنه قد ضعف الوازع الديني في هذا الزمان، لذا يرجح الباحث القول بأن الحكم بسقوط المسؤولية عن السائق إنما هو خلاف الأصل، والأصل هو أن السائق مسؤول عما أتلفه، وأنه متهم حتى يثبت العكس، ويؤيد هذا القول ما جاء في منح الجليل: ”إن أشكل الأمر، حُجِّل في الفرس على أنه من الراكب“⁵⁴، أي أن الحادث جرى نتيجة خطأ السائق، إلا أن يثبت عكس ذلك، والله أعلم.

2.2. إذا كان السائق متسبباً في القتل: تقدم ذكر القاعدة الفقهية ”المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي“⁵⁵، والمتسبب هو ”الذي حصل التلف بفعله، وتخلل بين فعله والتلف فعل مُحْتَارٍ“⁵⁶.

وسائق السيارة المتسبب بالقتل لا يكون ضامناً إلا حال تعديه، ويكون التعدي - كما تقدم - بالإهمال، أو الرعونة، أو عدم الاحتراز، أو عدم مراعاة القوانين واللوائح. كأن يوقف سيارته في مكان غير معد للوقوف، فيؤدي هذا الوقوف إلى اصطدام آخر به وموته.

وكذلك الحوادث التي تنتج عن خلل فني في وسيلة النقل، كأن تكون السيارة سليمة قبل السير بها، وكان السائق يتعهدا تعهداً معروفاً، ثم طرأ عليها خلل مفاجئ أخرجهما عن سيطرة السائق، فصدمت إنساناً أو انقلبت على أحد فقتلته، ففي هذه الصورة لا يمكن نسبة المباشرة إلى السائق، وإنما يكون متسبباً في القتل، لأنه هو الذي سيرها ابتداءً، ثم خرجت عن سيطرته، فلا يضمن هنا إلا إن كان متعدياً، كتقصيره في تعهد السيارة وإصلاحها⁵⁷.

٥١ الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء، أبحاث هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية، دار الزاحم، الرياض، ط٢، ٢٠٠٥، (٥٠١/٥).

٥٢ عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي، بيروت، (٤٣٦/١).

٥٣ الزحيلي، وهبة، «مسؤولية سائق وسائل النقل الجماعية في قتل الخطأ وتعدد الكفارة»، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع عشر، جدة، ٢٠٠٤، (٧١/٣).

٥٤ عليش، محمد بن أحمد، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٩، (٣١/٩).

٥٥ مجلة الأحكام العدلية، مادة: ٩٣.

٥٦ الحموي، غمز عيون البصائر، (٤٦٦/١).

٥٧ عثمان، تقي، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، دار القلم، دمشق، طبعة خاصة، ٢٠١٣، (٣٠٠).

2.3. اجتماع متسبب مع مباشرٍ في حوادث السير: تقدم في القواعد الفقهية: ”إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر“، كأن تصدم سيارةً شخصاً فيقع في الأرض، ثم تأتي سيارة أخرى فتدهسه فيموت، فتكون السيارة الأولى متسبباً، والثانية مباشرةً، ويكون الضمان على المباشر، إن كان بإمكانه التحرز ولم يتحرز عن القتل، كما تقدم بيانه.

والأصل أن الفعل ينسب إلى المباشر في مثل هذه الحالات، ولكن يستثنى من ذلك أمران:

A. إذا كان المتسبب متعدياً، والمباشر غير متعدٍ: فإن الحكم يضاف إلى المتسبب، ويؤيد ذلك ما ذكره الفقهاء في وجوب الضمان على ناخس الدابة رغم أنه متسبب، والراكب مباشر، جاء في الهداية: ”لأن الناخس متعدٍ، في تسببه والراكب في فعله غير متعدٍ، فيترجح جانبه في التفرغيم للتعدي“⁵⁸.

B. إذا كان تأثير المتسبب أقوى من تأثير المباشر، أضيف الحكم إلى المتسبب⁵⁹، كمن وضع حجراً في الطريق، فأدى إلى انحراف سيارةٍ عن مسارها وإهلاكها لنفسٍ أو مالٍ، فالضمان على واضع الحجر.

الخلاصة: تبين من خلال ما تقدم أن السائق يكون مسؤولاً عما وقع من حوادث مرورية في حالتين:

الأولى: إذا كان ما يفعله - مباشرةً أو تسبباً - مباحاً، كأن يقود السيارة مراعيًا لقواعد وأخلاقيات السير، ولكنه لم يتحرز عن الحادث، ويمكن معرفة ذلك من خلال القرائن ووقائع الحادث وظروفه.

الثانية: إذا كان ما يفعله - مباشرةً أو تسبباً - غير مباحٍ، فإنه يكون مسؤولاً عن النتيجة، سواءً تحرز أم لا.

2.4. حوادث الاصطدام بين أكثر من وسيلة نقل: لو اصطدمت سيارتان فأدى هذه الاصطدام إلى وفاة السائقين، وكان هذا الاصطدام نتيجة خطأٍ بينهما معاً: فقد ذهب الجمهور

٥٨ المرغيناني، علي بن أبي بكر، الهداية شرح بداية المبتدي، مع شرح اللكنوي، منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي، ١٤١٧هـ، (١٤٣/٨).

٥٩ حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، ٢٠٠٣، (٩١/١).

من الحنفية⁶⁰ والمالكية⁶¹ والحنابلة⁶² إلى وجوب دية كل من المقتولين على عاقلة الآخر، مع ضمان قيمة الضرر الناتج عن الاصطدام، وذهب الشافعية⁶³ إلى وجوب نصف دية كل منهما على عاقلة الآخر، وضمان نصف الضرر الناتج، وذلك لأن كل واحدٍ منهما قد هلك بفعل نفسه وفعل صاحبه، فيهدر النصف الذي تسبب هو به.

وإن كان الاصطدام نتيجة خطأ أحدهما: فإن المخطئ عندئذٍ يكون هو المسؤول عن الحادث، كما تقدم.

3. الأحكام المترتبة على القتل الخطأ في حوادث السير:

يترتب على القتل الخطأ في حوادث السير وغيرها ثلاثة أمور: الدية، والكفارة، والمنع من الميراث.

3.1. الدية: وهي المال الواجب بسبب جنائية على نفس الإنسان أو عضوٍ كاملٍ من أعضائه⁶⁴.

3.1.1. مقدارها وعلى من تجب: وللفقهاء في أنواعها ثلاثة آراء:

• الأول: أنها تجب في أحد ثلاثة أجناس: الإبل، أو الذهب، أو من الفضة، وبهذا قال أبو حنيفة⁶⁵ والمالكية⁶⁶.

• الثاني: أنها تجب في أحد ستة أجناس: الإبل، أو البقر، أو الغنم، أو الذهب، أو الفضة، أو الحلل، وبه قال الصحابان من الحنفية⁶⁷، والحنابلة⁶⁸.

٦٠ ابن عابدين، الحاشية، (٢٧٦/١٠).
 ٦١ الدردير، الشرح الكبير، (٢٦٩/٤).
 ٦٢ البهوتي، كشف القناع، (٣٣٥/١٣).
 ٦٣ الشريبي، مغني المحتاج، (١١٧/٤).
 ٦٤ الشريبي، مغني المحتاج، (٧١/٤)؛ البهوتي، كشف القناع، (٣٢٥/١٣)؛ قلعه جي، محمد رواس، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت، ط١، ١٩٩٦، (١٨٨).
 ٦٥ ابن عابدين، الحاشية، (٢٣١/١٠).
 ٦٦ القيرواني، عبد الله بن أبي زيد، الرسالة الفقهية، تحقيق: الهادي حمو وغيره، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٨٦، (٢٣٧).
 ٦٧ ابن عابدين، الحاشية، (٢٣١/١٠).
 ٦٨ البهوتي، كشف القناع، (٣٥٤/١٣).

• الثالث: أنها تجب في الإبل فقط، فإن عُدِمَت، أو غلت، أو تراضيا وجب قيمتها بنقد البلد، وبه قال الشافعية⁶⁹.

ومقدارها: مئة من الإبل، أو مئتان من البقر، أو ألفان من الغنم، أو ألف دينارٍ ذهبي، أو اثنا عشر ألف درهمٍ فضي، أو مئتا حلّة، وتكون قيمتها ما يساوي ألف دينارٍ ذهبي، أو اثنا عشر ألف درهمٍ فضي.

والدينار يساوي 4.25 غراماً، فيكون مقدار الدية 4,25 كغ من الذهب، والدرهم يساوي 2.83 غراماً تقريباً، فيكون مقدار الدية 33,96 كغ من الفضة⁷⁰.

وأما مقدارها اليوم في العملات المحلية: فإنه يختلف بين زمانٍ وآخر، ومكانٍ وآخر، نظراً لاختلاف أسعار الصرف، وتقوم دور الإفتاء والمحاكم الشرعية بتعيين ذلك، وفق ما يتناسب مع زمان ومكان الحكم.

3.1.2. تعدد الدية بتعدد القتلى: لا خلاف بين الفقهاء في أن الدية تتعدد بتعدد القتلى، بدليل ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قضى في قتل امرأةٍ مع جنينها أن دية الجنين غرة، ودية المرأة على عاقلتها. [مسلم: القسامة، باب دية الجنين، 1681]. مما يدل على أن الدية تتعدد بتعدد القتلى⁷¹.

3.1.3. على من يجب دفع الدية: لا خلاف بين الفقهاء في أن الدية في القتل الخطأ تجب على العاقلة⁷²، وهي عند المالكية⁷³ والحنابلة⁷⁴: عصابة الجاني الذكور، وعند الشافعية⁷⁵ عصبته ما عدا أصوله وفروعه، أما عند الحنفية: فهم أهل الديوان، فإن لم يكن من أهل الديوان فقبيلته⁷⁶.

٦٩ الشريبي، مغني المحتاج، (٧٥/٤).
 ٧٠ الكردي، محمد نجم الدين، المقادير الشرعية والأحكام الفقهية المتعلقة بها منذ عهد النبي صلى الله عليه وسلم وتقويمها بالمعاصر، القاهرة، ط٢، ٢٠٠٥، (٣٨، ٤٢).
 ٧١ ابن عابدين، الحاشية، (٢١٣/١٠)؛ عيش، منح الجليل، (١٣١/٩)؛ الشريبي، مغني المحتاج، (٣٣/٤)؛ البهوتي، كشاف القناع، (٢٨٦/١٣).
 ٧٢ ابن عابدين، الحاشية، (١٦١/١٠)؛ الخطاب الرعيني، محمد بن محمد، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٥، (٣٤٦/٨)؛ الشريبي، مغني المحتاج، (١٢٣/٤)؛ البهوتي، كشاف القناع، (٤٤٣/١٠)، والجاني يدخل ضمن العاقلة عند المالكية والحنفية، ولا يدخل عند الشافعية والحنابلة.
 ٧٣ الخطاب الرعيني، مواهب الجليل، (٣٤٨/٨).
 ٧٤ البهوتي، كشاف القناع، (٤٤٣/١٣).
 ٧٥ الشريبي، مغني المحتاج، (١٢٤/٤).
 ٧٦ ابن عابدين، الحاشية، (٣٢٦/١٠).

فإن لم تكن للجاني عاقلة، أو لم تتمكن من أداء الدية: أدى عنه بيت المال، فإن لم يكن بيت المال منتظماً، وجب على الجاني دفعها بنفسه⁷⁷.

إلا أن الرجوع على الجاني بالدية يؤدي إلى إهدار دماء أكثر المجنني عليهم، لأن أكثر الجناة فقراء، وهذا لا يتفق مع أغراض الشريعة التي تقوم على حفظ الدماء وحياطتها، لذا لا بد من وجود بديلٍ عن نظام العاقلة، هذا البديل هو:

3.1.3.1. الحكومة أو الشركة أو النقابة التي يتبع إليها الجاني: يمكن الاستدلال على تحميل الجهة التي يتبع إليها الجاني بما نص عليه فقهاء الحنفية في مسألة "تلميذ الأجير المشترك"⁷⁸، إذ قرروا أن المتبوع يُسأل عن عمل تابعه إذا كان هناك عقد استتجارٍ بينهما، وكان الضرر الواقع من التلميذ في حدود العمل الذي يشتركان في إنجازه آلهً ومحللاً وكيفيةً بحسب العرف الشائع، أو كان مأموراً به من قبل صاحب العمل، فإن لم يتحقق هذان الشرطان فلا ضمان على صاحب العمل⁷⁹.

من ذلك ما جاء في مجمع الضمانات: "تلميذ القصار⁸⁰ أو أجيده الخاص إذا أدخل ناراً للسراج بأمر الأستاذ، فوقعت شرارة على ثوب من ثياب القصار، أو أصابه دهن السراج، لا يضمن الأجير، وضمن الأستاذ، لأنه أدخل السراج بإذنه، فصار فعل الأجير كفعل الأستاذ"⁸¹.

فبناءً على ذلك فإنه ليس من البعيد أن تُحمل الشركة التي يعمل عندها السائق ضماناً ما أتلفه، لأن السائق عادةً فقيرٌ، والحكومة أو الشركة التي يعمل عندها أقدر على تحمل تبعه أفعاله، ما دام أنه يعمل لصالحهم⁸².

٧٧ ابن عابدين، الخاشية، (٣٣٤/١٠)؛ الدردير، الشرح الكبير، (٢٨٣/٤)؛ الشربيني، مغني المحتاج، (١٢٦/٤)؛ البهوتي، كشاف القناع، (٤٤٦/١٠).

٧٨ انظر: السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٩، (١١/١٦)؛ الكاساني، علاء الدين بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ٢٠٠٣، (٥٩/٦)؛ البلخي، نظام الدين، وغيره، الفتاوى الهندية، تحقيق: عبد اللطيف عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ٢٠٠٠، (٥٧٦/٦).

٧٩ الزحيلي، «مسؤولية سائق وسائط النقل الجماعية في قتل الخطأ وتعدد الكفارة»، (٦٤/٣).

٨٠ القصار: هو المبيض للثياب بعد نسجها، بدقها وتجويرها. انظر: ابن منظور، لسان العرب، تحقيق: عبد الله الكبير، دار المعارف، القاهرة، مادة (قَصَرَ) (٣٦٤٩/٥).

٨١ البغدادي، مجمع الضمانات، (١٣٥/١).

٨٢ الزحيلي، «مسؤولية سائق وسائط النقل الجماعية في قتل الخطأ وتعدد الكفارة»، (٦٤/٣).

وقد طبقت القوانين المدنية في بعض البلاد العربية هذا المبدأ، ففي المادة (174) من القانون المدني المصري لعام 1948: "يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها". ومثله في القانون السوري (م 175/أ) والأردني (م 228/ب)، والبحريني (م 172/أ)، والكويتي (م 240/أ) وغيرها.

3.1.3.2. شركات التأمين: لا مانع ابتداءً من أن تقوم شركات التأمين أو غيرها بدفع الدية، وخصوصاً أن نظام العاقلة أو بيت المال لم يعد موجوداً، ولا يستطيع الإنسان بمفرده أن يدفع الدية، إلا أن الإشكال يكون في النظام الذي تقوم عليه شركات التأمين، فالشركات التي تقوم على الربا يحرم التعامل معها ابتداءً، ويحرم الاستفادة منها في موضوع الدية أيضاً، أما شركات التأمين الإسلامية، فلا مانع من قيامها بدفع الدية، وقد صدر بذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (145) وفيه: "عند عدم وجود العشييرة أو العصبة التي تتحمل الدية، فإنه يجوز أن ينوب عنها عند الحاجة، بناء على أن الأساس للعاقلة هو التناصر والتضامن... التأمين الإسلامي (التعاوني أو التكافلي)"⁸³.

أما إذا كانت شركات التأمين لا تعمل وفق النظام الإسلامي، وكان السائق ملزماً بالدخول في هذا النظام، كما هو الحال في العصر الحاضر، فإن شركة التأمين تقوم بدفع الدية وضمان الأضرار الناتجة عن الحادث، فهل يكون السائق في هذه الحالة قد برئت ذمته من الدية؟ الذي يبدو هو براءة ذمته، لأن الدية قد ثبتت ديناً في ذمته، وجاء من يدفعها - بغض النظر عن مشروعية هذا التأمين أو لا -، فتكون شركة التأمين كالمتبرع بسداد دين، وهذا يبرئ ذمة المدين⁸⁴، والله أعلم.

3.2. الكفارة:

قال الله تعالى في حق من يقتل مؤمناً خطأً: {فَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامٌ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا}{النساء 4: 92}،

٨٣ الفرار في موقع المجمع على الرابط: <http://www.fiqhacademy.org.sa>

٨٤ الحداد، «مسؤولية سائق وسائط النقل الجماعية في قتل الخطأ وتعدد الكفارة»، (١٢٢/٣).

وبغض النظر عن اختلاف الفقهاء في تسمية عتق الرقبة أو الصيام بسبب القتل الخطأ كفارةً أو لا، إلا أن النص القرآني صريحٌ وواضح في وجوب العتق أو الصيام، وقد درج الفقهاء على تسميتها كفارةً.

وقد دلت الآية على أن خصال الكفارة: عتق رقبة، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، ولم يرد إطعام ستين مسكيناً كما في كفارة الظهار، لذا نص الفقهاء على أن من لم يستطع الصيام فإنه ينتظر إلى حين قدرته عليه، توفيقاً عند ما ورد به النص، وهذا هو قول الحنفية⁸⁵ والمالكية⁸⁶ والحنابلة⁸⁷، وهو المعتمد عند الشافعية⁸⁸.

أما القول المقابل للمعتمد عند الشافعية⁸⁹، وإحدى الروايات عند الحنابلة⁹⁰ فهو الانتقال إلى الإطعام عند عدم القدرة على الصيام، حملاً لكفارة القتل على كفارة الظهار.

3.2.1. حكم الكفارة حال تعدد القتلى:

إذا وقع حادث سير نتيجة خطأ السائق، وأدى إلى وفاة عددٍ من الركاب، فهل تتعدد الكفارات، ويجب عن كل قتيلٍ كفارةً مستقلة، أم تتداخل الكفارات كلها، وتجزئ كفارةً واحدةً فقط؟

عند مراجعتي لأبحاث العلماء المعاصرين في هذه المسألة وجدت اختلافاً كبيراً، فمنهم من نسب القول بالتداخل إلى الحنفية وبعض الحنابلة⁹¹، ومنهم من نسبه إلى المالكية⁹²، ومنهم من قال بعدم وجوب الكفارة أصلاً، لأن حوادث السير هي من باب القتل بالتسبب، وهو لا يوجب الكفارة⁹³.

-
- ٨٥ المرغيناني، الهداية، (٦٦/٨).
- ٨٦ القرافي، أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٤، (٤١٧/١٢).
- ٨٧ ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، منار السبيل في شرح الدليل، تحقيق: زهير شاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٥، ١٩٨٥، (٣٩٥/٢).
- ٨٨ الشربيني، مغني المحتاج، (١٤٠/٤).
- ٨٩ الباوردي، علي بن محمد، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٤، (٦٩/١٣).
- ٩٠ ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، الكافي، تحقيق: عبد الله التركي، دار هجر، مصر، ط١، ١٩٩٧، (٣٠١/٥).
- ٩١ الزحيلي، «مسؤولية سائق وسائط النقل الجماعية في قتل الخطأ وتعدد الكفارة»، (٧٤/٣).
- ٩٢ الحداد، «مسؤولية سائق وسائط النقل الجماعية في قتل الخطأ وتعدد الكفارة»، (١٣٨/٣).
- ٩٣ السلامي، محمد المختار، «مسؤولية سائق وسائط النقل الجماعية في قتل الخطأ وتعدد الكفارة»، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع عشر، جدة، ٢٠٠٤، (٤٧/٣).

وعند الرجوع إلى كتب الفقهاء المتقدمين يظهر أن فقهاء المذاهب الأربعة من الحنفية⁹⁴، والمالكية⁹⁵، والشافعية⁹⁶، والحنابلة⁹⁷، متفقون على أن كفارة القتل تتعدد بتعدد القتلى، ومن عبارات الفقهاء في ذلك:

قول الكاساني من الحنفية: ”ومن أتلّف شخصين بضربة واحدة، يجب عليه ضمان كل واحدٍ منهما، كما لو أفرد كل واحدٍ منهما بالضرب“⁹⁸، وما جاء في شرح الزرقاني على مختصر خليل: ”ولو تعدد القاتل والمقتول لوجب على كل واحد من القاتلين كفارة في كل واحد من المقتولين“⁹⁹، وقول النووي من الشافعية في قائدَي السفينة المصطدمتين بتقصيرهما: ”وفي مال كل واحد من الكفارات بعدد من في السفينتين من الاحرار والعبيد“¹⁰⁰، وقال البهوتي من الحنابلة: ”وتتعدد الكفارة بتعدد قتلٍ، كتعدد الدية بذلك، لقيام كل قتيل بنفسه وعدم تعلقه بغيره“¹⁰¹.

وبناءً على هذا الكلام: فإنه لو أدى حادثٌ إلى قتل مئة شخصٍ مثلاً، فإنه يجب على السائق أن يكفّر عنهم جميعاً. ولما كان عتق الرقبة غير ممكن في زماننا، فإنه ينتقل إلى صيام شهرين متتابعين عن كل نفسٍ.

وربما يعترض بأن ذلك يكاد يكون من باب التكليف بما لا يطاق، والشريعة منزهة عن ذلك، فلا يكلف الله نفساً إلا وسعها، نعم، لا يكلف الله نفساً إلا وسعها، إلا أن حفظ النفس لما كان من أهم مقاصد الشريعة، ومن قتلها فكأنما قتل الناس جميعاً، ومن أحيائها

٩٤ الكاساني، بدائع الصنائع، (٤٥٨/١٠)؛ الموصل، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، تحقيق: محمود أبو دقيقة، دار الكتب العلمية، بيروت، (٤٤/٥)؛ الميداني، عبد الغني الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: بشار عرابي، المكتبة العمريّة، دمشق، ٢٠٠٣، (٥٤٨).

٩٥ العدوي، علي، حاشية العدوي على شرح الخرشبي على مختصر خليل، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق مصر، ١٣١٧هـ، (٤٩/٨).

٩٦ الباوردي، الحواوي الكبير، (٣٣٨/١٢)؛ البغوي، الحسين بن مسعود، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٩٧، (١٨٦/٧)؛ الشربيني، مغني المحتاج، (١١٧/٤).

٩٧ ابن قدامة، الكافي، (٣٠١/٥)؛ البهوتي، كشاف القناع، (٣٣٧/١٣).

٩٨ الكاساني، بدائع الصنائع، (٤٥٨/١٠).

٩٩ الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ومعه حاشية البناني، تحقيق: عبد السلام أمين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ٢٠٠٢، (٨٢/٨).

١٠٠ النووي، روضة الطالبين، (١٨٩/٧).

١٠١ البهوتي، منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، تحقيق: عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، ط ١، ٢٠٠٠، (١٥٤/٦).

فكأنها أحياء الناس جميعاً، لذا وجب الاحتياط والتشديد في مسائل الدماء، وأن يُنظر بعين الرحمة إلى المقتول لا إلى القاتل، فلو علم سائق السيارة أنه سيصوم على الأقل شهرين متتابعين، لكان أشد حذراً في قيادته للسيارة.

وعند التأمل في الآية التي ذكرت الكفارة: {وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ} [النساء 4: 92] يلاحظ أن الكفارة قد ذكرت قبل الدية، مما يدل على أنها عرضة للإسقاط، إذ لا مطالب لها من قبل البشر، فكان ذكرها أولاً للتأكيد على وجوبها، وأنها لا تسقط بحالٍ من الأحوال.

وأما القول بتداخل الكفارات، والاكْتفاء بكفارة واحدة عن جميع القتلى، فإنه لا يتوافق مع المعنى الذي شرعت لأجلها الكفارة، فقد نقلت كتب السنة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال فيمن قتل نفساً: (اعتقوا عنه، يعتق الله بكل عضو منه عضواً منه من النار) [أبو داود: كتاب العتق، باب ثواب العتق، 3964]. فالكفارة هي بدل، فكما أن القاتل قد قتل نفساً، فإن بدلها أن يجزي نفساً أخرى، بأن يعتقها من الرق الذي يعد قتلاً معنوياً، فهل يستقيم أن يكون بدل قتل عشرة أنفسٍ مثلاً عتق رقبة واحدة!!

فإن تعذر عليه الصيام، كما هو الحال عند تعدد القتلى، فقد تقدّم أن الحنفية، والمالكية، والشافعية في المعتمد، والحنابلة، ذهبوا إلى أنها تبقى ديناً في ذمته، حتى يتمكن من الصيام.

إلا أن هذا القول يؤدي عملياً إلى إسقاط الكفارة، فالذي قتل عشرة أنفسٍ متى سيتمكن من الصيام؟ لذا يرحّب الباحث هنا القول المقابل للمعتمد عند الشافعية والحنابلة، وهو الانتقال إلى الإطعام، كما في كفارة الظهر والفطر في رمضان، لأن هذا القول أولى من إسقاط الكفارة، والشافعية والحنابلة الذين رووا هذا القول لم يكن قولهم دون دليل، بل حملوا كفارة القتل على كفارة الظهر، كما حملوا كفارة الظهر على كفارة القتل في اشتراط الإيهان في الرقبة التي وجب عتقها.

ويمكن الاستدلال لذلك أيضاً بأن الأصل في الكفارة أنها عقوبة مالية، حيث إن القاتل يشتري بماله رقبة ثم يعتقها، لذا قال تعالى: {فَمَنْ لَمْ يَجِدْ} أي لم يجد مالاً يشتري به رقبةً، أو لم يجد رقبةً يشتريها، فإنه ينتقل إلى الصيام ستين يوماً¹⁰².

وأما القول بعدم وجوب الكفارة أصلاً، لأن القتل في حوادث السير هو من باب القتل بالتسبب، فيجاء عليه بأن سائق السيارة هو الذي يباشر تحريكها وتوجيهها، وكل ما نتج عنها فهو مسؤول عنه كما تقدم بيانه، أما ما ذكره الحنفية¹⁰³ في سقوط الضمان فيمن نفتحته الدابة برجلها، لأنه تسبب، فلا يجوز قياس حوادث السير عليها، لأن الدابة تتحرك بنفسها، أما السيارة فالسائق هو الذي يحركها، فلا يصح القياس بينهما.

الحاصل: إن كفارة القتل الخطأ في حوادث السير لا تسقط، بل تجب بعدد القتلى، فإن استطاع الصيام صام، وإن زاد عدد القتلى: صام عن استطاع الصيام عنهم، وأطعم ستين مسكيناً عن كل واحدٍ من الباقين، والله أعلم.

3.3. المنع من الميراث:

إذا كان المقتول نتيجة حادث المرور مورثاً للسائق، وكان الحادث نتيجة خطأ السائق، فهل يُعد هذا القتل مانعاً من الميراث؟ اختلف الفقهاء في ذلك، فذهب الحنفية¹⁰⁴ والشافعية¹⁰⁵ والحنابلة¹⁰⁶ إلى منع القاتل خطأً من الميراث، وأما المالكية¹⁰⁷ فقالوا بتوريث القاتل خطأً من مال المقتول دون الدية.

واستدل القائلون بالمنع من الميراث بعموم الأدلة والنصوص التي لم تفرق بين القاتل عمداً أو خطأً، كقوله صلى الله عليه وسلم: (ليس لقاتل ميراث) [البيهقي: الفرائض، باب لا يرث القاتل، 12604]، أما المالكية فلم يمنعوا القاتل خطأً من الميراث لأنه لم يتعد، إلا أنه لا يرث من الدية، لأن الدية وجبت على العاقلة بسبب جانيته، فلا يجوز أن تكون جانيته سبباً لأخذه مالاً.

ويبدو أن قول الجمهور هو الأقوى، لعموم أدلة منع القاتل من الميراث، ولأن القاتل خطأً، وإن كان غير آثم إثم القتل، إلا أنه قد وجبت عليه الدية والكفارة، وهما عقوبتان، فلا مانع من معاقبته بالمنع من الميراث، والله أعلم.

١٠٣ ابن عابدين، الحاشية، (٢٧٢/١٠).

١٠٤ الكاساني، بدائع الصنائع، (٣٠١/١٠)؛ ابن عابدين، الحاشية، (١٦٢/١٠).

١٠٥ الشريبي، مغني المحتاج، (٣/٣٦).

١٠٦ البهوتي، كشف القناع، (٥١٧/١٠).

١٠٧ القيرواني، الرسالة الفقهية، (٢٣٩).

4. الخاتمة:

وفي نهاية المطاف لا يسعني إلا التوجه إلى الرحيم الكريم سبحانه وتعالى، الذي منّ علينا بهذه الشريعة الغراء، وقد ظهر في هذا البحث أن من أهم مقاصد هذه الشريعة حفظ النفس، فلا يجوز الاعتداء عليها بأي وسيلة كانت، ولما كانت وسائط النقل من الوسائل التي جمعت بين الخير والشر، حيث سهلت حركة الإنسان، وفي الوقت ذاته أدت إلى إزهاق أرواح لا يمكن تصورها، ومن هنا كانت مسؤولية هذه الوسائط عائدة إلى الإنسان الذي يجرّكها ويسيرها، وتطبق عليها أحكام الجنايات المعروفة في كتب الفقه الإسلامي، ويمكن إجمال نتائج البحث من خلال الآتي:

1- يكون السائق الذي ثبت عدم تعمده للقتل مسؤولاً عن الحادث مسؤولية القتل الخطأ في حالتين:

a. إذا كان متعمداً في قيادته لسيارته، وذلك بمخالفته لقواعد السير، أو رعونته، أو تركه التحرز، أو إهماله لصيانة عربته.

b. إذا كان بإمكانه التحرز عن الحادث، ولكنه لم يفعل.

2- إذا اجتمع أكثر من سبب في الحادث: يكون كل متسبب مسؤولاً بمقدار تسببه في الحادث.

3- يترتب على القتل الخطأ الناتج عن حوادث السير: الدية، والكفارة، والمنع من الميراث.

4- يقوم بدفع الدية: شركات التأمين الإسلامية، أو الحكومة أو الشركة التي يعمل عندها السائق.

5- تجب الكفارة بعدد القتلى، وهي حق لله تعالى، لا يسقط بحالٍ من الأحوال.

6- الأصل أن الكفارة تكون بعق رقبة، فإن فُقدت - كما هو الحال اليوم - فصيام ستين يوماً، فإن تعذر الصيام، فإطعام ستين مسكيناً.

والله أعلم بالصواب، والحمد لله رب العالمين.

HANEFÎ MEZHEBİNDE KURALA AYKIRILIKTAN (İSTİHSAN) KURALA (KIYAS) DÖNÜŞ

Arş. Gör. Yusuf Erdem GEZGİN*

Özet: Hanefiler, fıkıh mezhepleri içerisinde istihsan yöntemini en belirgin şekilde kullanmışlardır. Kural olarak istihsanı kıyasa önceleyen Hanefiler, bazen kıyası istihsana takdim etmişlerdir. Kıyasın istihsana öncelendiği yerlerdeki istihsanın aslında hafi kıyas istihsanı olduğu bir gerçektir. Hafi kıyas istihsanının, kıyas olduğu düşünüldüğünde takdim edilen kıyasın illeti burada işlevseldir. Zira illetin kuvvet ve zayıflığı kıyasın veya istihsanın tercih edilme tarafını belirleyicidir. Bu makalede, kıyasın istihsana öncelenme nedenleri incelenmiş olup, verilen örneklerle açıklanmıştır. Zaruri olarak istihsanın delil oluşunu, bunu kabul eden ve etmeyen ekollerin tez ve antitezlerini de araştırmacılar bu makalede bulabilirler.

Anahtar kelimeler: Hanefî, istihsan, kıyas, mezhep, illet.

ترجيح القياس على الاستحسان عند الحنفية

ملخص: يستخدم الأحناف منهج الاستحسان بشكل بارز بالقياس إلى المذاهب الفقهية الأخرى، والأصل عند الأحناف تقديم الاستحسان على القياس إلا أنهم في بعض المسائل يقدمون القياس على الاستحسان، والاستحسان في هذه المسائل هو القياس الحفي فالمعول عليه هنا هو العلة التي يعتمد عليها الفقيه لأن العلة هي السبب الأصل في التقديم وهذا البحث يقدم أسباب الترجيح والتقديم، وبالضرورة يعرض البحث القضية والاعتراض عليها في منهج الاستحسان، والله ولي التوفيق.

الكلمات المفتاحية: الحنفية، الاستحسان، القياس، المذهب، العلة.

GİRİŞ

Yüce Allah'ın insanlık için gönderdiği son din olan İslâm'ın "anlaşılması" ve "uygulanması" noktasında, insan aklının işlevi günümüze kadar hassasiyetle üzerinde durulan ve tartışılan konular içerisinde yer almaktadır. Bu amaca hizmet etmesi bağlamında fıkıh usulü önemli bir yere sahiptir. Ehlisünnet dört mezhep, nasslar ve icma yoluyla hükmü belirlenmemiş herhangi bir meselede müçtehidin başvuracağı deliller içerisinde kıyasın geçerli olup olmadığı hususunda ayrılığa düşmemişlerdir. Şüphe yok ki kıyas, akıl - vahiy ilişkisini ortaya koyması ve illet tespiti ve bu illetleri reel olaylara tatbik etmesi hasebi ile mühim bir konuma sahiptir.

* Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi, yegezgin@gmail.com

Fıkıh usulü konuları içerisinde, mezhepler arası kırılma noktası ve ince anlayışın zirvesi denilecek konular arasında ilk sırayı kıyas ve istihsan alır. Zira bu iki konu, salt birer usul konusu olmaktan ziyade düşünme faaliyetinin her yönüyle ivme kazandığı konulardır. Kıyas, İslam hukuk tarihinin ilk döneminden itibaren pratikte kullanılmış olmasına rağmen onun sistematize edilişi hicri 4. asırdan itibaren gerçekleşmiştir. Bu dönem ve sonrasındaki usul tartışmalarında kıyasın delil mi yoksa yöntem mi olduğu meselesi yanı sıra onun “neliği” problemi de yer almıştır. Sünnî fıkıh mezhepleri içerisinde Hanefîler’in, *ehl-i rey ve kıyas diye adlandırılışları, kıyası geliştirme ve sistematize etme çabalarının neticesidir, demek mümkündür*. Bu sistemleştirme işlemi Cessâs (v.370/980) ile başlayıp, Debûsî (v.430/1038), Pezdevî (v.482/1089) ve Serahsî (v.483/1090) ile devam etmiştir. Kıyas ve istihsanın delil olup olmadığını tartışmak, takdir edileceği üzere bu çalışmamızın sınırları dışında kalmaktadır. Biz daha çok Hanefî fukahânın genel kabullerini göz önüne alarak “kıyas ve istihsanın öncelenme yönlerini” tespit etmeye çalışacağız.

Fıkıh usulü terminolojisinde önemli bir yere sahip olan kıyas ve istihsan kavramları üzerinde birçok tartışma yapılmıştır. Bunlar içerisinde özellikle tartışma konusu olan istihsan, rey ekolünün ilk temsilcileri olarak kabul edilen Hanefî fukaha tarafından kabul edildiği gibi, istisnası olmakla birlikte hadis ekolü temsilcilerinden Malikiler tarafından da kullanılmıştır.

Kısacası makalemizin zemini şu şekilde oluşmaktadır: Hanefî mezhebinin genel kabulüne göre kıyas ve istihsan tearuz ettiğinde istihsan öncelenir. Çünkü bu öncelenmenin mutlaka bir nedeni vardır. Kimi zaman bu neden bir nakil olduğu gibi, diğer başka sebeplerin yanı sıra genelde maslahat ve örf de sebep olarak gösterilebilir. Fakat zâhirürrivâye eserlerinin başyapıtı olan *el-Asl* adlı eserinde İmam Muhammed eş-Şeybânî (v.189/805), kıyasın istihsana tercih edildiği meselelere işaret ederek “*بالقياس نأخذ*” “kıyası alıyoruz”¹ demiştir ki, makalemizin konusunu oluşturan asıl mesele tam da burada ortaya çıkmaktadır.

Araştırmamızın amacını belirleyen soru, İmam Muhammed’in de vurguladığı gibi, Hanefîler’in açık kıyası terk edip istihsanı tercih etmeleridir. Ayrıca neden bazı özel konularda kıyas alınıp istihsan terk edilmiştir? Kıyas hangi manada kullanılmış, bundan daha önemlisi istihsan hangi manada kullanılmıştır? Araştırmamızda, konuyla ilgili *el-Asl*’da verilen örnekleri merkeze alarak kıyas ve istihsana yüklenen manaların mahiyetini açıklamaya çalışacağız. Ayrıca bu örneklerdeki kıyas veçhi nedir? İstihsan veçhi nedir? Kıyasın tercih edilme nedeni nedir? sorularına cevap aranacaktır. İlgili konunun furu fıkıhtaki örnekleri son derece ayrıntı

1 Şeybânî, Muhammed b. Hasan (v. 189/805), *el-Asl*, thk. Muhammed Boynukalın, Katar 1433/2012, 1. Baskı, I, 275; II, 391; VI, 264; XI, 453-454.

konular olması sebebiyle ve konunun zihinde daha iyi yerleşmesi amacıyla biz, bu meselelerin bir önceki aşamasına da araştırmamızda yer vermeyi uygun bulduk. Son olarak bahse konu olan meselelerde, mezhep içi genel kanaatin ne yönde seyrettiğinin tespiti yapılmaya çalışılmıştır.

A-KURAL (KIYAS)

Fıkıh usulünde kıyas “hakkında açık hüküm bulunmayan bir meselenin hükmünü, aralarındaki ortak özelliğe dayanarak hükmü açıkça belirtilen meseleye göre belirlemek” şeklinde tarif edilmektedir. Kıyas, fıkıh literatüründe *salt düşünme (nazar)*, *doğruya ulaştırılan delil* manasında ve birçok istidlâl türünü belirtmekte kullanılmaktadır.² Kısaca kıyasa şu anlamlar yüklenmektedir:

a- Re’y, “Şeriat ya tevkif ya da kıyastır”³ ifadesinde kıyas, “Şâri’in bildiriminin” (tevkif) mukabili olarak “re’y” anlamında, yani “mevcut naslar ekseninde beşer inisiyatifıyla sonuca ulaşma veya ulaşılan sonuç” manasında kullanılmaktadır. Bu mana fıkıh usulünde kullanılan şer’î kıyastır. Zahiriler ile bir kısım Şia’nın eleştirilerine konu olan bu anlamdaki kıyastır.⁴

b- Şeriatın rasyonel içerikli bölümü, “Şeriat, taabbüd ve mâkul anlamlı (kıyas) olmak üzere iki kısımdır”⁵ ifadesinde kıyas, taabbüdün (dogmatik içerikli) mukabili olarak “ma’kûlü’l-ma’nâ” anlamına gelmektedir. Her iki kullanımda da kıyas genelde tevkif kapsamında olup tevkife alternatif değildir.⁶

c- Genel ilke, Kıyas, tikel olaylara uygulandığı gibi tikel çözümlerin doğruluk kriteri olarak da kullanılan, “tümevarım yoluyla ulaşılmış genel kural” mânasına da gelmektedir. Fıkıh usulünde teknik anlamda kullanılan kıyasla kesiştiği nokta bulunmakla birlikte mahiyet itibarıyla ondan farklı olan genel kural anlamındaki kıyas, şer’înin tamamına uygulanacak genellikte olabileceği gibi sadece bir mezhep bütünlüğü içinde veya belli bir konu bütünlüğü içinde de söz konusu edilebilir. Fıkıh literatüründe yer alan “kıyâsü’ş-şer” ve “kıyâsü’l-mezheb” ifadeleri bu şekilde anlaşılmalıdır.⁷

2 Cüveynî, Ebu’l-Meâlî Abdülmelik b. Abdullah (v. 478/1085), *el-Burhân fi usûli’l-fikh*, thk. Abdülazîm Mahmûd ed-Dîb, Mısır 1400, 4. Baskı, I-II, II, 487.

3 Apaydın, Yunus, Kıyas, *DİA*, XXV, 529-539.

4 Cüveynî, *el-Burhân*, II, 573.

5 Apaydın, Kıyas, XXV, 529.

6 Apaydın, Kıyas, XXV, 529.

7 Apaydın, Kıyas, XXV, 529.

Kıyas asıl, fer', hüküm ve illet gibi bir takım unsurlardan meydana gelmektedir. Kıyasın delil olduğunu kabul etmelerine rağmen kimi usulcüler, bunun tarif edilemeyeceğini savunmaktadırlar.⁸ Kıyasın tarif edilebileceğini savunanlar ise bunu farklı şekillerde tanımlamışlardır. Yapılan tanımlar şu şekilde özetlenebilir:

i- Aralarında hüküm veya vasıf gibi ortak bir bağ sebebiyle her ikisine de aynı hükmü ispat veya nefyetme hususunda bilinmeyi biline hamletmektir.⁹

ii- Bir şeyin hükmünü, o hükmü gerektiren illet birliğinden dolayı, benzerine de vermektir.¹⁰

iii- Aralarındaki illet birliği sebebiyle aslın hükmünü fer'e vermektir.¹¹

iv- Fer'in, hükmün illeti hususunda asıl ile eşit olmasıdır.¹²

A.1. Kıyas Çeşitleri

Kıyası, farklı ölçütlere göre değişik şekilde taksim etmek mümkündür. Kıyası anlatan usulcüler onu ilk aşamada akli ve şer'i kıyas olmak üzere ikiye ayırmaktadırlar. Akli kıyas, kelimeler ilminde kullanılan, görünürün görünmeyene delil kılınması için görünmeyenin görünene döndürülmesi şeklinde yapılan kıyastır.¹³ Bir önceki başlıkta anlatmış olduğumuz şer'i kıyasa gelince bu konuda farklı taksimler yapılmıştır.

Kıyasın istihsana tercihinde kıyas ve istihsanın "neliği" önemlidir. "Kıyas ile ilgili açıklamalar bir bütün olarak değerlendirildiğinde illet ölçütünden hareketle aşağıdaki gibi bir taksimat yapmak mümkün gözükmektedir."¹⁴ Bu taksimat konumuzu en iyi şekilde açıkladığı için buraya alınmıştır.

8 Zerkeşi, Bedreddin Muhammed b. Bahadır (v. 794/1392), *el-Bahru'l-muhit fi usûli'l-fikh*, thk. Muhammed Tamir, Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 2000, I-IV, IV, 5.

9 Cüveynî, *el-Burhân*, II, 487.

10 Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzi (v. 370/981), *el-Füsûl fi'l-usûl*, thk. Acil Câsim en-Neşmî, Kuveyt 1994, 2. Baskı, I-IV, IV, 9.

11 Basrî, Ebu'l-Hüseyn Muhammed b. Ali (v. 436/1044), *el-Mu'temed fi usûli'l-fikh*, thk. Halil el-Mis, Beyrut 1983, 1. Baskı, I-II, II, 195.

12 Şevkânî, Muhammed b. Ali (v. 1250/1834), *İrşâdü'l-fuhûl*, Daru'l-Kitabi'l-Arabî, thk. Ahmet İnayet, Dimeşk 1999, 1. Baskı, I-II, II, 89-90.

13 Buhârî, Ebû Abdullah Muhammed b. İsmail (v. 256/869), *el-Câmiu's-sahîh*, thk. Mustafa Dîb el-Boğa, Dârü İbn Kesîr, Beyrut 1987, I-VI, III, 270.

14 Baktı, Ahmet Selman, Hanefilerde kıyas uygulamaları (Merğînânî'nin el-Hidâye adlı eseri çerçevesinde), *MÜ. Sosyal Bilimler Enstitüsü* (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2011, s. 18.

A.1.1. İletin Nasslarla Belirlenip Belirlenmemesi Bakımından

Cessâs *el-Fusûl fil-Usûl* adlı eserinde kıyasın iki şeklinden bahsetmiştir. Bunlardan birincisi mansûs illet ile yapılan kıyas, ikincisi ise müstenbat illet ile yapılan kıyastır.¹⁵ Birinci kısımda illetin ne olduğu bizzat naslar tarafından belirlenmekte iken ikinci kısımda naslar tarafından illet hakkında herhangi bir şey zikredilmemiş, illet içtihat yoluyla belirlenmiştir.

A.1.2. İletin Celî (Açık) ve Hafî (Gizli) Olması Bakımından

Celî kıyas, illeti nasla, icmayla veya asıl ile fer' arasında herhangi bir fark bulunmadığı kesin olarak bilinen kıyastır. İlk örnek olarak, Kur'ân'da ceza bakımından zina eden câriye için hür kadına verilen cezanın yarısı belirlenmiş olup bu da elli değnektir. Cariyenin cezasına kıyas yapılarak zina eden köleye de elli değnek ceza takdir edilmiş olup, bunlar arasındaki cinsiyet ayrılığına itibar edilmemiştir. Buna "kıyas-ı evlâ" da denir. İkinci örnek de şudur, Kur'ân'da ana-babaya öf bile demek yasaklanmış iken¹⁶ ebeveyni dövmenin yasaklığını söylemeye ihtiyaç duyulmayacak kadar açıktır.¹⁷

Hafî kıyas, illeti, istinbat yolu ile sabit olup, asıl ile fer' arasında farkın bulunmadığı kesin olarak söylenemeyen kıyastır. Burada asıl ile fer' arasındaki farkın kaldırıldığı zannî olarak bilinir. Mesela, demir cinsinden bir şeyle kasten adam öldürmenin cezası kısastır. Katı bir cisimle kasten adam öldürmenin cezası da buna kıyas edilmiştir. Hanefiler hafi kıyasa "istihsan" adını vermişlerdir.¹⁸

A.1.3. İletin Hükme Tesiri Bakımından

Hanefî usulcülere göre bir vasfın illet olabilmesi için hükme etkisinin olması gerekir. Onlar bu tür vasma *müessir vasıf* adını verirler. Bir vasfın illet olup olmaması ile ilgili tartışmaları dikkate aldığımızda genel kanaat, kâsır yani hükme etkisi zayıf olan vasfın illet olmayacağı yönündedir.¹⁹ Vasfın hüküm üzerine etkisi güçlü olabileceği gibi zayıf da olabilir. Yine illet olarak belirlenen vasıf kolayca

15 Cessâs, *el-Fusûl*, IV, 99.

16 İsrâ, 17/23

17 Teftâzânî, Sa'düddin Mes'ûd b. Fahriddin Ömer b. Burhâniddin Abdillâh el-Herevi el-Horâsânî et- eş-Şâfiî (v.792/1390), *et-Telvîh ala't-Tavzîh*, thk. Zekeriya Amirât Daru'l-Kütübî'l-İlmiye, Beyrut 1996, 1. Baskı, I-II, II, 174.

18 Teftâzânî, *et-Telvîh*, II, 174.

19 Bkz. Çalış, Halit, Kâsır İletle Ta'lil Meselesi, *İslam Araştırmaları Dergisi*, sayı: 4, 2005, s. 73-98.

tespit edilebileceği gibi gizli, yani ince tahlil ve analizler gerektiren bir vasıf da olabilir. Bu ihtimaller dikkate alındığında açıklık-kapalılık ve güçlülük-zayıflık bakımından kıyası, dörtlü bir taksime tabi tutmak mümkün gözükmemektedir.²⁰ Bu kıyas taksimi, araştırmamızın temelini oluşturması yönüyle ayrıca önemlidir. Zira istihsan ile olan tearuzun söz konusu olduğu yerlerde, bu manalardaki kıyastan bahsetmemek mümkün gözükmemektedir. Çünkü kıyas-istihsan tearuz ettiğinde söz konusu olduğu hususlarda, kıyasın bu nevelerine hep işaret etmek gerekecektir. Nitekim aşağıda belirtilecek olan kıyas çeşitlerinin sadece birinde istihsan öncelenmiş diğer durumlarda kıyas ile amel edilmiştir.

A.1.3.1. İletin Hükme Etkisinin Her İki Kıyas Çeşidinde de Zayıf Olması

İletin celi-hafi olarak her iki kıyasta da hükme etkisi zayıf ise bu durumda asıl olarak düşünülen her iki kıyas türünün de asıl olmaya müsait olmamasıdır. Yani hakkında nas bulunmayan meselenin hükmüne ulaşmak için bu tür kıyas referans alınamaz. Fakat birinin tercih edilmesi gerektiği durumda celi kıyas hafi kıyasa (istihsan) tercih edilir.²¹

A.1.3.2. İletin Hükme Etkisinin Her İki Kıyas Çeşidinde de Kuvvetli Olması

Bir meselenin kıyaslanabileceği ve hükme etkisi kuvvetli illete sahip olan celi (açık) ve hafi (kapalı) iki kıyas çeşidi bulunması durumunda celi kıyas, hafi kıyasa tercih edilir.²²

A.1.3.3. İletin Hükme Etkisinin Hafi Kıyasta Kuvvetli Celi Kıyasta Zayıf Olması

İletin hükme etkisinin hafi kıyasta kuvvetli celi kıyasta zayıf olduğu kıyas çeşidine *el-kıyasu'l-müstahsen* denilmektedir. Burada şunu belirtmek gerekir ki hafi kıyas denildiğinde ilk akla gelen istihsan ise de, istihsan bundan ibaret değildir. Yani her istihsan, hafi kıyas değildir. Hafi kıyas istihsan çeşitlerinden sadece birisidir.

Bu kıyas türü, herhangi bir meselede akla ilk gelen fakat illetinin hükme etkisi zayıf olan celi kıyas ile çatıştığında hükme ulaşma hususunda önceliğe sahip olan hafi kıyas (*el-kıyâsü'l-müstahsen*) *tır*.²³

20 Teftâzânî, *et-Telviḥ*, II, 171.

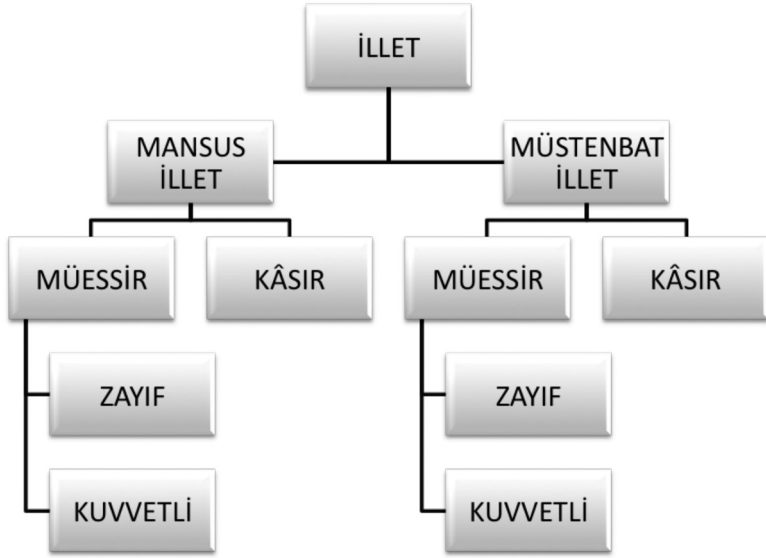
21 Teftâzânî, *et-Telviḥ*, II, 174.

22 Teftâzânî, *et-Telviḥ*, II, 174.

23 Sadruş-Şeria, Ubeydullah b. Mesud el-mahbûbî (v.747/1346), *Tavziḥ şerhu't-Tenkîḥ*, (Teftâzânî'nin *et-Telviḥ* şerhi ile), Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 1996, I-II, II, 175; Teftâzânî, *et-Telviḥ*, II, 175.

A.1.3.4. İletin Hükme Etkisinin Hafî Kıyasta Zayıf Celi Kıyasta Kuvvetli Olması

Başta Serahsi olmak üzere erken dönem Hanefî usulcüleri, hüküm konusunda açıklık ya da kapalılığın değil, etkinin (eserin) önemli olduğunu söylemektedir.²⁴ Tesirden bahsederken usulde *eser* kavramının iki ayrı kullanımından bahsetmek zaruridir. İlk olarak, illetin tesbiti açısından tesir olup, karşısında *mürsel* veya *mülğâ* kavramları kullanılır. İkinci olarak buradaki manasıyla kıyasta hükme etkisi bakımından tesirdir ki karşısında *kasır* terimi kullanılır. Buna göre bir meselede asıl olmaya müsait iki kıyas bulunup birisindeki illetin hükme etkisi zayıf, diğer illetin kuvvetli olması durumunda, hükme etkisi kuvvetli olan kıyasın celi ya da hafî olmasına bakılmaksızın doğrudan uygulanması söz konusudur. Buraya kadar açıklananlara göre illet tasnifinin şemasını şöyle yapabiliriz:



A.1.4. Fer'in Kendisine Kıyas Edildiği Asılların Sayısı Bakımından

Özel meselelerde (fer') gerekli şartlar bulunması halinde tek asla kıyas edilerek hükme ulaşılabacağı gibi birçok aslın ortak noktası olan illete de kıyas ile neticeye ulaşmak mümkündür. İşte bu ikinci şekilde yapılan kıyas, *kıyâsü'l-usûl* diye isimlendirilir.²⁵ Bu bağlamda Cessâs örnek olarak "kahkaha ile gülmenin namazda iken abdesti bozması" meselesini zikreder. Bu meselenin hükmü hakkında nas

24 Serahsî, Şemsüddin Ebû Bekir Muhammed b. Ebî Sehl (v. 483/1090), *el-Usûl*, Daru'l-Kütübî'l-İlmiye, Beyrut 1993, 1. Baskı, I-II, II, 192-193; Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV, 7; Teftâzânî, *et-Telvîh*, II, 175.

25 Cessâs, *el-Fusûl*, IV, 116.

bulunmaktadır. Oysa abdesti bozan şeyleri bildiren asılların ortak noktası her birinin namazın içinde de dışında da abdesti bozması hususudur. Fakat bu durum kahkaha için söz konusu değildir. Dolayısıyla bu özel örnek, cenaze namazı ve tilavet secdesinde geçerli bir illet olarak kabul etmemişlerdir. Zira buradaki kahkaha, namaz dışında hadese sebep olmadığı gibi rükû ve secde'nin beraber bulunmadığı cenaze namazı ve tilavet secdesi içinde geçerli bir illet değildir.²⁶

B-KURALA AYKIRILIK (İSTİHSAN)

Fıkıhta özel nedenler sebebiyle açık kıyastan veya genel ve yerleşik kuraldan ayrılıp olayın özelliğine uygun çözüm bulma metodunu ifade eden şer'î delile istihsan denilmektedir.²⁷ Biz araştırmamızın bu kısmında istihsan ile ilgili olarak ulaşabildiğimiz bütün tanımları vererek araştırmacıların zihninde istihsan ile ilgili herhangi bir eksiklik kalmamasını amaçladık. Bu tarifler değişik itibarlar ve değişik düşünce yapılarının ürünü olması yönüyle farklı başlıklar altında ele alınacaktır.

İstihsan sözlükte, bir şeyi güzel kabul etmek manasına gelmektedir. Istılahta ise, müçtehidin celi (açık) kıyasın gerektirdiği şeyden, hafi (gizli) kıyasın gerektirdiğine dönmesidir. Yahut müçtehidin, zihnindeki verdiği hükümden vazgeçmeyi gerektiren bir gerekçe ile külli (genel) hükümden, istisnai (özel) hükme dönüş yapmasıdır.²⁸ İstihsan, makale başlığımız olması yönüyle Muharrem ÖNDER'in "Hanefi Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulaması" adlı doktora tezinden azami derecede istifade edilmiştir. İstihsanla alakalı başlıklar ilgili yazara ait olup, konunun daha iyi ifade edilmesi için başlık isimleri aynen korunmuştur. Bunlara şu şekilde değinmek uygun olacaktır.

B.1. Dar Anlamda Kullanılan İstihsan Tarifi

Dar manada kaynaklarda nakledilen ve genel kabul gören tarif şöyledir: "İstihsan, kıyasın gerektirdiği hükümden rücu edip ondan daha kuvvetli başka bir kıyasa dönmektir".²⁹

26 Cessâs, *el-Fusûl*, IV, 116; Baktı, Ahmet Selman, *Hanefilerde Kıyas Uygulamaları* (Merğınânî'nin el-Hidâye adlı eseri çerçevesinde), s. 20.

27 Bardakoğlu, Ali, İstihsan, *DİA*, XXIII, 339.

28 Hallâf, Abdülvehhab (v. 1956), *İlmü usulî'l fikh*, Daru'l kalem, Kuveyt 1406/1986, 20. Baskı, s. 79.

29 Önder, Muharrem, Hanefi Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulaması, *SÜ. Sosyal Bilimler Enstitüsü* (Yayınlanmış Doktora Tezi), s. 72; Basrî, *el-Mu'temed fi usulî'l-fikh*, II, 296; Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV, 3; Teftâzânî, *et-Telvîh*, II, 163; İbn Melek, İzzüddin Abdüllatif (v. 801/1418), *Şerhu metni'l-Menâr*, İstanbul 1315, s. 811; İzmîrî, Muhammed b. Velî (v. 1102/1690), *Hâşiyetü'l-Mirât şerhu'l-Mirkât*, İstanbul 1309, I-II, II, 335.

Fahru'l-İslâm el-Pezdevî (v.482/1089) bu tanıma, Abdülaziz el-Buhârî'nin (v.730/1329) de değindiği gibi, “*İstihsan, iki kıyastan biridir*”³⁰ sözüyle işaret etmektedir.

Bu tanıma göre kıyas iki türdür: Birincisi illeti açık olan, az bir düşünmeyle hemen zihinde çağrışım yapan kıyastır, buna celi (açık) kıyas denir. İkincisi ise illeti kapalı olup tespit edilmesi dikkat ve ince düşünmeyi gerektiren kıyastır, buna hafî (gizli) kıyas denildiği gibi istihsan da denir. Bir meselede bu iki kıyas tearuz ettiğinde, Hanefî fukahaya göre gizli kıyasın illeti, hükmü ortaya koyma bakımından daha kuvvetli ve etkili görüldüğünden açık kıyasa takdim edilir. Hanefiler bu kıyası istihsan diye isimlendirirler.³¹ Gerçek şu ki: Bu istihsan türü de, bir nevi kıyas olarak görülmüştür.³² Cessâs İmam Muhammed'den, “*Bu istihsana kıyasın bazıları girer*” sözünü aktararak,³³ bu kanaatin imamlarda da var olduğunu ifade etmiştir.³⁴

Bazı Hanefî usûl kaynaklarında bulunan istihsan terimiyle çoğunlukla, dar anlamdaki istihsan olan gizli kıyasın kastedildiği ifade edilirken,³⁵ diğer bazı usûl kaynaklarında da, usulcülerin istilâhında yaygın olan istihsanın “gizli kıyas” olduğu, zâhir kıyas karşısında nass, icmâ, zaruret gibi delillere dayanılarak yapılan istihsanın ise, fıkıhta yaygın olan istihsan olduğu söylenmektedir.³⁶

Büyük Ali Haydar Efendi (v.1936), kıyasın açık ve gizli olarak bilinen iki kısmını anlattıktan sonra şu açıklamayı yapmıştır:

“*Kıyasın şu iki nevini temyiz ve tefrik için istilâh-ı usûlde kıyas-ı celiye kıyas ve kıyas-ı hafîye dahi istihsan tesmiyesi galib olmuştur. Şu halde kütüb-i usûlde şu hüküm istihsanen böyledir, denilince bundan, kıyas-ı hafî böyle bir hüküm icap ettiriyormuş manasını anlarız. İlm-i usûlde mustalah olan istihsan kıyas-ı hafidir ve bazı kere bilhassa hafîye değil, belki kıyas-ı celiye mukabil delile istihsan denilir. Bu tesmiye dahi meselâ meccelle mesâilinin me'hazı olan kütüb-i furû-ı fikhîyyede*

30 Pezdevî, Ebû'l-Hasan Fahrulislâm Ali b. Muhammed (v. 482/1089), *Kenzü'l-vusûl ilâ ma'rifeti'l-usûl*, (Keşfü'l-esrar şerhi ile) Kahire, ts., I-IV, IV, 3.

31 Pezdevî, *el-Usûl*, IV, 6; Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV, 6; Serahsî, *el-Usûl*, II, 200-203; Nesefî, Ebu'l-Berekât Hâfizuddin Abdullah b. Ahmed (v. 710/1310), *Keşfü'l-esrâr Şerhu'l-Menâr*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1986, 1. Baskı, I-II, II, 293-294.

32 Cessâs, *el-Füsûl*, IV, 237-238; Serahsî, *el-Usûl*, II, 202; Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV, 11.

33 Cessâs, *el-Füsûl*, IV, 234-237-238.

34 Önder, *Hanefî Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulaması*, s. 73.

35 Ensârî, Abdülalî Muhammed (v. 1225/1810), *Fevâtihu'r-rahâmût şerhu Müsellemi's-sübût*, Beyrut 2002, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, I-II, II, 373.

36 Teftâzânî, *et-Telvih*, II, 171; Önder, *Hanefî Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulaması*, s. 73.

şâyidir. Demek oluyor ki ilmi usûl istilâhınca istihsan hâsseten kıyas-ı celiye mukabil ve muânz bir kıyas-ı hafidir.... Hâlbuki furûda istihsan böyle hâs bir manada değil belki kıyas-ı celiye mukabil ve muânz bir delil-i âmm manasında isti'mal edilir. Bu suretle usûldeki istihsanla furûdaki istihsan arasında umûm ve husûs mutlak vardır. Usûldeki istihsan ehas (daha özel) furûdaki istihsan eamdır (daha geneldir). Şöyle ki her kıyas-ı hafî istihsandır. Fakat her istihsan kıyas-ı hafî değildir.”³⁷

Bu tanım, Hanefî doktrininde yer alan nass, icmâ, zaruret gibi delillere dayanan istihsanın diğer türlerini kapsamamasından dolayı pek fazla kabul görmemiştir.³⁸

B.2. Geniş Anlamda Kullanılan İstihsan Tarifi

Ebu'l-Hasan el-Kerhî (v.340) istihsanı şöyle tarif eder: “Daha kuvvetli ve üstün bir gerekçe (delil) sebebiyle bir meselede, benzerlerinin hükmünden vazgeçip başka bir hükme dönmektir”.³⁹

Bu tarif, istihsanın anlatıldığı tariflerin en kapsamlısı ve deliller içerisinde, istihsanın yerini en iyi şekilde belirlemesi açısından Hanbelîler’den Tûfî, Şafililer’den Cüveyni gibi çoğu usulcüler nezdinde kabul görmüştür. Ebû Zehrâda bu tanımı yorumlarken: “Bu tanım Hanefîlere göre istihsanın hakikatini ortaya koyan tariflerin en açığıdır. Çünkü bütün türlerini kapsamakta, onun esasına ve özüne işaret etmektedir. İstihsanın temeli, bir kaideye bağlı kalmak yerine hükmün, bir delile dayanarak genel olan kaideye muhalif ama dinin maksadına daha uygun olan çözüme geçmesidir. Mesele hakkında bu yeni çözüme dayanmak, delil yönünden kıyastan daha kuvvetlidir” demektedir.⁴⁰

Gazâlî de Kerhî’nin bu tanımını nakledip bunu onay mahiyetinde şöyle der: “Bu tanıma itiraz edilemez”.⁴¹

Cessâs (v.370) da istihsanı şöyle tarif eder: “Kendisine nisbetle önceliği bulunan bir şey sebebiyle kıyasın terk edilmesidir”.⁴² Cessâs, bu tarifi açıklarken, istihsanın iki kısmı olduğunu ifade sadedinde şunları kaydeder: “Birincisi, iki “asıl” ile ortak yönle-

37 Ali Haydar (Büyük), (v. 1903) *Usûl-i Fıkıh Dersleri*, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1966, s. 387.

38 Önder, *Hanefî Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulaması*, s. 74; Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV, 3; İbn Melek, *Şerhu metni'l-Menâr*, s. 811.

39 Önder, *Hanefî Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulaması*, s. 75; Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV, 3.

40 Önder, *Hanefî Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulaması*, s. 75; Ebû Zehra, *Usûlü'l-fikh*, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, Kahire, ts., s. 262.

41 Önder, *Hanefî Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulaması*, s. 76; Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed (v. 505/1111), *el-Mustasfâ fi ilmi'l-usûl*, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 1993, s. 173.

42 Cessâs, *Füsûl fi'l-usûl*, IV, 234.

ri bulunan bir fer'in, bu iki asıl arasında çekişmesi halidir. Böyle bir durumda istihsan, bir "delâlet" sebebiyle asıllardan birinin terk edilip ikinci aslın hükmünün ilgili fer'e uygulanmasıdır. İkinci olarak, illetin varlığı ile birlikte hükmün tahsis edilmesidir. Bu da nass, eser, icmâ, başka bir kıyas veya umumu belvâ'ya dayanarak olur".⁴³ Kanaatimizce istihsana dair yapılan açıklamalar içerisinde kıyas ve istihsan tearuzunda istihsanın ne olduğu ile ilgili geniş açılım oluşturacak tanım, Cessâs'ın bu tarifidir.

Debûsî'nin (v.430) istihsan tanımı şöyledir: "Açık (celî) kıyasa muâriz düşen bir çeşit delildir".⁴⁴

Serahsî, *Mebûsât* adlı eserinde "zorluğu kolaylık için terketme" anlamına gelen ve bunun Şari'in din göndermesindeki asıl maksada dayalı olduğunu belirten Kitap ve sünnetten bu hususta deliller sıralar ve istihsan hakkında Abdülaziz el-Hulvânî'den (v.448) şu tarifleri nakleder:

- i. "Kıyası terkedip insanlar için en uygun ve faydalı olanı almaktır."
- ii. "Özel ve genelde karşılaşılan zorluklarda, hükümler için kolay olanı almaktır."
- iii. "Genişliği ve kolaylığı esas almaktır."
- iv. "Müsamaha ve kendisinde rahatlık olanı esas almaktır."⁴⁵

Başta Debûsî olmak üzere daha sonra gelen Hanefî usulcüler yaptıkları istihsan tanımından sonra, istihsanı ortaya çıkaran delilleri nass, icmâ, zarûret ve gizli (hafî) kıyas olarak sınırlama yapmış olmalarına rağmen biz, Hanefî mezhebinde geçen istihsan örneklerinde sahabe kavli, örf, maslahat gibi yöntemlere binaen istihsan yapıldığını da görmekteyiz. Şu kadar var ki, istihsanın delilini nass, icma, zaruret ve hafî kıyas olarak sınırlandırılması sahabe kavlini sünnet'in, örfü icmâ veya zaruret'in, maslahatı ise zaruret delili altına girdirmek suretiyle oluşturulmuş bir hasır işlemi olduğu ortaya çıkar.⁴⁶

B.3. Kurala Aykırılık Nedenleri

Kurala aykırı davranmanın mutlaka bir nedeni olmak zorundadır, rey ekolünün temsilcisi kabul edilen ve kıyasla şöhret bulan Ebû Hanîfe ve arkadaşlarının belirli hallerde, kıyas karşısında istihsanı devreye sokmasına neden olan bazı se-

43 Cessâs, *Füsûl fi'l-usûl*, IV, 234, 243, 246, 248, 249; Önder, *Hanefî Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulaması*, s. 76.

44 Debûsî, Ebû Zeyd Abdullah b. Ömer (v. 430/1039), *Takvîmü'l-edille fi usûli'l-fikh*, thk. Halil Muhyid'din el-Mîs, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 2001, s. 404; Serahsî, *Usûl*, II, 200.

45 Önder, *Hanefî Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulaması*, s. 77; Serahsî, *el-Mebûsât*, XII, 355.

46 Önder, *Hanefî Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulaması*, s. 78.

beplerin olduğu bir gerçektir. Bu nedenleri tam olarak tespit edebilmek için Önder ilgili eserinde istihsan tarifleri ve mahiyetine dönük yapılan beyanları dikkate alarak üç nedenden bahsetmiştir.⁴⁷

B.3.1. Daha Kuvvetli Bir Delilin Bulunması

Hanefî usul âlimleri, imamların kıyas karşısında istihsanı yöntem olarak kullanmalarının ana nedeni olarak, hükme tesiri bakımından istihsanın illetinin daha kuvvetli olması üzerinde durmuşlardır. Debûsî bu gerçeği beyan ettikten sonra imamların, kıyasın celî (açık) oluşunu bir tercih sebebi olarak görmeyip, aksine dayanağı olan delilin kuvvetine bakarak onu dikkate aldıklarını söyler.⁴⁸ Bu başlık altında bahse konu alan mesele daha sonra özel bir başlık altında değerlendirileceğinden bu kadarla yetiniyoruz.

İstihsanın sınıflandırmalarında ilk şekli teşkil eden açık (celi) kıyas karşısında hafî (kapalı) kıyasın, illetindeki kuvvet sebebi ile olan takdimi meselesinde yapılan izah, istihsanın diğer şekli olan kıyas karşısında nas, icmâ veya zaruret delillerine dayanan istihsan konusunda yapılmamıştır. Bununla alakalı Abdülaziz el-Buhârî şöyle bir izahta bulunmaktadır: “Muhalifler Ebû Hanîfe’ye eser, icmâ veya zarurete dayanarak yaptığı istihsan konusunda karşı çıkmamışlardır. Çünkü kıyasın bu gibi delillerle terkedilmesi, ittifakla iyi ve güzel bulunmaktaydı. Fakat onlar, onun re’y ile istihsanda bulunmasına karşı çıkmışlardır; zira onların zannına göre kıyasın terki hevaya dayanılarak yapılmaktadır.”⁴⁹

Kıyasın nass sebebiyle terkedilmesi örneklerinden biri olan namazda gülen kişinin abdestinin bozulması konusunda Cessâs: “Onlar bu konuda esere dayanarak kıyası bırakmışlardır. Çünkü eserin bulunduğu yerde re’y söz konusu değildir”⁵⁰ diyerek nas varken kıyas ile amel etmenin sadece re’y ile amel etmek anlamına geleceğine işaret etmiştir. Unutarak yiyip-içme ile orucun bozulmayacağı ile ilgili olarak da aynı kural geçerlidir.⁵¹

B.3.2. Kıyasın (Kuralın) Olumsuz Sonuçlara Yol Açması

Ebû Hanîfe ve Hanefî fukaha, nassın söz konusu olmadığı meselelerin çözümünde kıyas ile amel etmişler, fakat ilgili konularda şâri’in “insanların maslahatı-

47 Önder, *Hanefî Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulaması*, s. 82.

48 Debûsî, *Takvîmü’l-edille*, s. 404; Önder, *Hanefî Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulaması*, s. 83.

49 Buhârî, *Keşfü’l-esrâr*, IV, 4; Önder, *Hanefî Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulaması*, s. 84.

50 Cessâs, *Füsûl fi’l-usûl* IV, 246.

51 Önder, *Hanefî Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulaması*, s. 84.

nı gerçekleştirme, onlardan zararı kaldırma” kuralına ters düşüp sıkıntılı durumların ortaya çıkması muhtemel olduğu yerlerde, başka delillere dayanarak yeni içtihatlarda bulunmuşlardır.⁵²

Kıyas ile amel etmenin bazen yanlış sonuçlar doğurabileceği meselesi, aynı konuda karşısında daha kuvvetli deliller bulduğumuz örneklerle de anlaşılabilir ve bunun içinde terkedilmesi gerekir. Serahsî, icmâ nedeni ile yapılan istihsana istisna’ akdini örnek olarak verir. Fakat bunun kıyasa göre caiz olmadığını, imamların kıyası bırakarak istihsana göre hükmettiklerini ve istisna’nın da, Hz. Peygamber döneminden beri yapılagelen ve insanların teamülüne dayanan bir iş olduğunu belirtir. Kıyasta hata ve yanlışlık ihtimali olduğunu, nas veya icmâ ile de bu yanlışlığın şeklinin ortaya çıktığını söyler.⁵³

B.3.3. Güçlük Ve Zorluğu Kaldırma, Kolaylığı Sağlama ve Zararı Giderme

Ebû Hanîfe ve diğer mezhep imamları, içtihatlarında naslar çerçevesinde müslümanların maslahatını ve işlerinin kolaylaştırılmasını kendilerine ilke edinmişlerdi. Örneğin Ebû Hanîfe kendisinin tüccar olması münasebeti ile insanların ticaretlerinde karşılaştıkları problemlere daha makul yaklaşım naslar ışığında Şâri’in genel maksatlarına uygun çözümler ortaya koyuyordu. Ebû Yusuf ise gerek hocasından edindiği bilgiyle gerek de uzun süre icra ettiği kadılık görevinden edindiği tecrübeyle sorunlara, dinin ruhuna uygun içtihatlar serdetmiştir. İmam Ebu Hanife ve Ebu Yusuf fihhi konularda yaptığı içtihatlarda bugün Hanefî mezhebinde gördüğümüz bütün istinbat yöntemlerini kullanmıştır. Tabiatıyla bu yöntemlerin arasında istihsan da bulunmaktaydı.⁵⁴

Serahsî istihsan sebebiyle elde edilen bu içtihatları şu şekilde işaret eder. Ona göre istihsan: “Kıyası terk edip insanlar için en uygun ve faydalı olanı almaktır”, “özel ve genelde karşılaşılan zorluklarda hükümler için kolay olanı almaktır”, “genişliği ve kolaylığı esas almaktır”, “müsamaha ve kendisinde rahatlık olanı esas almaktır”.⁵⁵ Serahsî’nin bu açıklamalarından anlaşılan odur ki istihsan ile yapılmak istenen diğer bir faaliyet de kolaylığı sağlamak ve zorluğu kaldırmaktır. Serahsî “istihsan kolaylık için zorluğu terketmektir ve dinde esas olan budur” demek su-

52 Önder, *Hanefî Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulaması*, s. 85.

53 Önder, *Hanefî Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulaması*, s. 85-86; Serahsî, *Usûl*, II, 203; Buhârî, *Keşfü’l-esrâr*, IV, 5.

54 Önder, *Hanefî Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulaması*, s. 86.

55 Serahsî, *el-Mebsût*, X, 250.

retiyile istihsanın hikmet ve maksadını ortaya koymaya yönelik olan bu tanımları aktarmış ve şu örneği vermiştir: “Kıyas ve genel kurala göre kadının başından ayağına kadar bütün vücudu avrettir ve kapanması zaruridir. Hz. Peygamber’in şu sözü bunun delilidir: “*Kadın örtülmesi gereken avrettir*”.⁵⁶ Sonra ihtiyaç ve zarurete dayanan istihsan sebebiyle onun bazı yerlerine bakmak mubah kılındı”.⁵⁷

İstihsana başvurma nedenleri ile ilgili buraya kadar verilen bilgilerle yetinilip konunun tafsilatı üçüncü bölümde verilecektir.

C- KIYASLAR ARASI TERCİH

Kıyaslar arası tearuzda nasıl hareket edilmesi gerektiği ile ilgili olarak Hanefiler’in kanaatine göre, kıyaslar arasında tearuzu giderme yollarından neshe, sadece vahye dayalı delillerde başvurulacağı için kıyaslar arası teâruzdan sadece, kıyasın kendisiyle gerçekleştiği delile itibarla söz edilebilir. Dolayısıyla nesh mümkün olmadığı için tercih kaçınılmazdır. Tesirinin kuvvetli olup olmaması, azami derecede maslahatı gerçekleştirme gayesine hizmet etmesi ve Şari’in maksadına uygun hükme ulaşma arzusu kıyaslar arası tercihi zaruri kılmıştır.

Fukaha kıyaslar arası tercihin ne zaman olacağı ve icra edilmesindeki esasları ciddi şekilde tartışmışlardır. Tercih esaslarını beş kısımda incelemek mümkündür: İlet, illeti ortaya çıkaran hucdet, aslın hükmünün dayandığı delil, hükmün durumu ve harici sebepler.⁵⁸ Fakat biz burada sadece illet yönüyle konuyu ele alacağız. Diğer saiklere ise konu içerisinde yeri geldikçe değineceğiz. Zira konumuz direk illetle ilintili olup kıyas konusunu anlatırken yapmış olduğumuz kıyasın illetine dayanan kısımlandırma aynı şekilde burada da dikkate alınması gereken hususlar arasındadır.

Konu sadece illetin kuvvetliliği yönünden ele alınacak olması mezhepler arasındaki kıyaslarla ilgili tercihlerde konunun illetin tesirini iptal etmeyle ilgili olmasıdır. Zira tesirin iptal edilmesi illetin iptali, dolayısı ile kıyasın iptali ve diğer kıyasın tercih edilmesi demektir.⁵⁹ Kıyas delili incelenirken veya iki hüküm arasında kıyas yapılırken akla ilk gelen şey hükmün illetidir. Zira bir hükmün var-

56 Tirmizî, Ebû İsa Muhammed b. İsa (v.279/892), *el-Câmiu’s-Sahîh*, Şirketü Mektebeti’l-Mustafâ el-Bâbi el-Halebî, Mısır 1975, I-V, *rada*, 18.

57 Serahşî, *el-Mebsût*, X, 250; Önder, *Hanefî Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulaması*, s. 86-87.

58 Hafnavî, Muhammed, *et-Teâruz ve’t-Tercih*, Daru’l-Vefâ, Mısır 1987, 2. Baskı, s. 381.

59 Koçak, Zeki, *İslam Hukuk Metodolojisinde Teâruz Gidermede Tercih Yöntemi (Hanefî Uygulaması)*, AÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Erzurum 2004, s.187.

lık sebebi onun illetidir.⁶⁰ Mevcut hikmet üzerine hüküm bina edilmez kuralı da buna binaen olsa gerektir.

Kıyaslar arası tercih yaparken illetin başat rol almasının en temel nedeni, illetin tespit edilememesi veya hikmet ve illetin ayırt edilememesinin sebep olduğu hükümsüzlük durumudur. Serahsi illete vasıf demek suretiyle sanki buna işaret etmektedir.⁶¹ Çünkü bir şeyin vasfı onu diğerlerinden ayıran en önemli husustur. Aynı vasıfları haiz iki hususun hüküm yönüyle buluşmaları gerektiği kanaatindeyiz.

O zaman akla ilk gelen sorunun “illet nedir?” olması gerekmektedir. İlet, Şari’ tarafından nassın hükmüne alamet kılınan şeydir.⁶² Maturidî’den naklen usulcü Lamişi: *İlet, hükmün mevcudiyeti kendisine bağlı olan şeydir ve hükümle beraber bulunması zaruri olan şeydir, der.*⁶³

Burada illetin tespit yollarına değinmek zaruridir. Nass, icma ve sebr ü taki sim olarak sırasıyla söylediğimiz illetin tespit yollarına, mesaliku’l-illet denilir. Bir illetin illet olabilmesinin bir kısım şartları vardır. Bu şartlar, illetin zahir olması, munzabıt yani zaman ve olaylara göre değişmeyen olması ve son olarak kasır olmaması yani münasip olup sadece nassta belirli olan olaya özel olmamasıdır.⁶⁴ Son dönem hukukçularından Hudari meseleyi maslahatın celp edilmesi ve mefseletin def edilmesi bağlamında ele alır ve illeti Şari’in hükmü vaz ederken sebep kıldığı hikmet ekseninde değerlendirir.⁶⁵

Kıyaslar arası teâruzda belirleyici unsur illetin tesir gücüdür. Zira kuvvet her zaman en önemli rolü üstlenmektedir. Bu hakikate işaret eden Debûsî, kıyaslar arası teâruzu gidermede tercih sıralamasını hiyerarşik olarak dört başlık altında ele alır.

- a- İletinin (vasıf) tesirinin kuvvetli olması,
- b- Karşılaşılan olaydaki vasfın da tesirinin güçlü olması,
- c- Kıyas edilecek aslın birden çok olması,
- d- Vasfın olmayışının hükmün yokluğunu gerektirmesi, yani, illetin asıl ve fer’den ayrılamaz olmasıdır.⁶⁶

60 Serahsî, *Usûl*, II, 181.

61 Serahsî, *Usûl*, II, 174-175.

62 Debûsî, *Takvimü’l-edille*, s. 292.

63 Lâmişi, Ebu’s-Sena, *Kitabun fi Usûli’l-Fıkh*, thk. Abdülmecit Türkî, Dâru’l-Ğarbi’l-İslami, Beyrut 1995, s. 191.

64 Hallaf, *İlmü usûli’l-fıkh*, s. 75-78.

65 Hudari, Muhammed Bek (v. 1345/1927), *Usûlü’l-Fıkh*, Mısır 1969, 6. Baskı, s.293-300.

66 Debûsî, *Takvimü’l-edille*, s. 340.

Özet olarak mesaliku'l-illet konusu ve illetin şartlarında söylediğimiz hiyerarşi belirleyici olmaktadır. Nasslardan illet olduğunu öğrendiğimiz hususlar, akılla illet olduğunu öğrendiğimiz illete takdim edilmektedir.⁶⁷

Bu söylenen yöntemlerle tearuzu büyük oranda giderilip kıyaslar arasında bir tercihe varılmaktadır. Şayet tearuzu giderme ile ilgili olarak bu yöntemlerle başarı sağlanamazsa, vakıanın tespiti yönüyle görüşlerinden yaralandığımız Hudarî'nin maslahat anlayışına müracaat edilmesi uygun olacaktır. İletlerin maslahatı temin edip etmemesine bakılıp eğer maslahat, her iki kıyasta da gerçekleşiyorsa zaruriyyat kabilinden olan maslahatı hâciyyat sebebi ile olan maslahata takdim edip, sonra tahsiniyyat kabilinden olan maslahat dikkate alınmak suretiyle tercih yapmak mümkündür.⁶⁸ Kıyaslar arasında tercih konusunda illeti dikkate alan başka bir âlim de Şevkânî'dir. Konuyu sistematik olarak ele alıp kıyaslar arası tercihleri elli iki madde altında sıralamıştır. Bu tercihleri ilk aşamada yedi başlık altında değerlendirmiştir. Bu başlıkların ilk dördü illet ve delil eksenslidir. İlk dört başlıkta ise toplamda yirmi sekiz madde sıralanmıştır.⁶⁹ Burada tek tek saymaya gerek duymadığımız bu başlıkları aslında, yukarıda Debûsî'nin sistematığı içerisinde özetlemek mümkündür. Şu kadar var ki selef fukaha her zaman olduğu gibi bizi yapmış oldukları derinlikli tahlilleri ile kendilerine hayran bırakmaktadırlar. Sözü gerektiğinden fazla uzatmadan anlama kabiliyeti olan zihinlerin üretimine ve anlayışına sunmaktadırlar.

C.1. Tearuz ve Tercih Açısından Kıyas İstihsan İlişkisi

İstihsanın iki çeşidinin olduğunu istihsan konusunu anlatırken belirtmiştik. Bunlardan ilki hafi (gizli) kıyas istihsanıdır. Diğer istihsan ise nass, icma, zaruret ve maslahat gibi sebeplerden dolayı celi kıyastan hafi kıyasa dönüş manasındaki istisna istihsanıdır. Kıyasın istihsana öncelenmesinde belirleyici olanın illet ve özellikle illetin hükme tesir gücüdür. Konunun iyi bir şekilde anlaşılmasını sağlayan ve sağlam bir zeminde ilerlemesini sağlayan husus budur.

Konumuzla ilgili olarak istihsan için yapılan bir itiraza Abdülaziz el-Buhârî'nin vermiş olduğu cevap, bize kıyaslar arası tercihte istihsanın terkedilmesi konusunda fikir vermektedir. O, istihsan tariflerinin geneline şöyle bir itiraz yöneltilebileceğini belirtir: "Hanefiler, kıyası şeri bir yöntem kabul etmekle birlikte istihsanı da aynı

67 Hudarî, *Usulu'l-Fikh*, s. 327.

68 Hudarî, *Usulu'l-Fikh*, s. 327.

69 Bkz. Şevkânî, *İrşâdü'l-fuhûl*, II, 274-281.

şekilde şeri delil kabul etmektedirler. İstihsanı da *celi kıyastan hafî kıyasa yönelmek* şeklinde tarif ederler. Bu durumda hak olandan (kıyas) batıla (istihsana) dönüş olacak olur ki bu da çelişkili bir durum arz eder” der. Ebû Hanîfe’nin “istihsan, bir kıyasın gerektirdiğinden ondan daha kuvvetli başka bir kıyasa dönmektir” diye yapmış olduğu istihsan tarifi, yapılan itirazların yersiz olduğunu ortaya koyar mahiyettedir. Bundan anlaşılan odur ki istihsan her ne kadar adı istihsan olsa da hakikatte daha kuvvetli kıyastır.⁷⁰ Zira istihsanın iki kısmında da aynı şekilde kuvvet esas kabul edilmiştir. Yalnız ilk kısımdaki illetin kuvveti, istisna yönteminin dayandığı delil ile tespit edilmişken, ikinci kısımda bu tespiti müçtehit fakihler yapmışlardır.

Ayrıca yukarıdaki itiraza devamla “Ebû Hanîfe bazen, *istihsanı bıraktım, kıyasla amel ettim*, demektedir.⁷¹ Bu, daha kuvvetli bir kıyası veya daha kuvvetli bir delili zayıf karşısında terk etmek anlamına gelir ki bu da caiz değildir” diye bir itiraz yapılır. Kendisi konunun devamında bu itiraza şöyle cevap verir: “Kıyasın terk edilmesine istihsan denmiştir; çünkü başlı başına istihsan kıyastan daha kuvvetlidir. Fakat bu kıyasa, başka bir delil eklendiğinde, kıyas istihsandan daha kuvvetli olmuş olur ki bu nedenle (bazen) istihsan terk edilerek kıyasla amel edilmiştir.”⁷² Buradan da anlaşılacağı üzere Ebu Hanife ve ashâbı tarafından kıyas istihsana tercih edilmiştir. Bu tercihte belirleyici olan illetteki kuvvettir.

Kıyas (celî) ve istihsan yani hafî kıyas, delillerinin güçlü ve zayıf olması yönüyle ikiye ayrılmış ve haddi zatında delillerine itibarla huccettirler. Fakat bu taksim ve huccet oluş, her iki kıyasın illeti yönüyle düşünülmelidir. Zira istihsanın ilk kısmı, bu karşıtlık ve neticesi olan iki kıyastan birinin tercihi meselesinin dışında değerlendirilmelidir. Çünkü bu şekilde tercih edilmesi bizim bildiğimiz mana ile değil, bilakis delillerin dayanağı yani illetin kuvveti yönüyledir. Dolayısıyla kıyasın istihsana tercih edilme sebebi böyle bir bakış açısı sayesinde anlaşılabilir olacaktır. Böylece kıyasın iki kısmı olduğu ortaya çıkar: Biri, eseri zayıf olan kıyas, diğeri ise zayıflığı (fesadı) açık, fakat hükme tesiri bakımından bu zayıflığı giderip hükmü güçlendiren bir mananın gizli olduğu kıyastır.⁷³ Bize kıyas ve istihsan (hafî kıyas) arasındaki bir tercihte hangisinin önceleneceği hususunu anlatması bağlamında kıyası tanımlarken ve konuya zemin oluşturma aşamasında vermiş olduğumuz şemayı tekrar vermek suretiyle bu hususun zihinlerde daha iyi yer etmesini sağlamak en büyük beklentimizdir.

70 Buhârî, *Keşfü'l-esrar*, IV, 3.

71 Buhârî, *Keşfü'l-esrar*, IV, 4.

72 Buhârî, *Keşfü'l-esrar*, IV, 4.

73 Sadruş-Şeria, *Tavzih*, II, 175; Teftâzânî, *et-Telviḥ*, II, 175.

	HAFÎ KIYAS (İSTİHSAN)	CELÎ KIYAS (KIYAS)	TERCİH
1	Zayıf	Zayıf	Celî Kıyas
2	Kuvvetli	Kuvvetli	Celî Kıyas
3	Kuvvetli	Zayıf	Hafî Kıyas
4	<i>Zayıf</i>	<i>Kuvvetli</i>	<i>Celî Kıyas</i>

Şemada söz konusu olan kuvvetlik ve zayıflık, eserin (tesir), yani ortaya çıkan veya çıkacak olan hükmün kuvvet ve zaafıyla ilgilidir. Ayrıca şemamızın üçüncü bloğunda vermiş olduğumuz bilgi, bizim klasik manada bildiğimiz istihsanı ifade ederken, dördüncü blokta anlatılmak istenen kısım ise araştırmamızın konusunu teşkil eder. İlk bloktaki şekliyle, yani kıyasın ve istihsanın illetinin kuvvetli olması halinde, kıyasın tercih edilme nedeni kıyasın görünür oluşudur.⁷⁴ İki kıyas arasında illetlerinin kuvveti hususuyla ilgili verilen şemamızda akla ilk gelen genel kural manasında kıyasın, bazen Şari'in muradının dışındaki hüküm ile neticelenmesi mümkündür. Kurucu imamlar bu ilkelere vakıf olmalarının bir neticesi olacak ki kuvveti esas almak suretiyle içtihat etmişlerdir. Fakat kıyas ve istihsanla ilgili olarak yapılan içtihatlarda, imamlar arasında İmam Züfer'in konumunu diğerlerinden farklı değerlendirmek daha uygun olacaktır. Zira İmam Züfer bir meselede Ebû Hanîfe ve talebelerinin içtihatlarına, kıyas ve istihsan delilleri yönünden farklı olduğu durumlarda istihsanı terk edip, kıyası tercih ederek hüküm vermektedir. Muhtemelen İmam Züfer'in terk ettiği istihsan, illetinin tesiri zayıf olan hafî kıyas istihsanıdır. Buna karşılık olarak illeti kuvvetli kıyası içtihatlarında kabul etmiştir.⁷⁵

Kıyas ve istihsanın geçerliliğini dikkate alarak yapılan taksimler arasında, konuyu zihinlere daha iyi yaklaştırmaya sebebiyle Buhârî'nin taksimini öne aldık ve şematize ettik. Fakat konuya yenilik getiren taksimi ve araştırma konumuzu sistematik olarak ele alan ilkler arasında olduğu için Serahsi'nin taksiminin de burada zikredilmesinin zaruri olduğu kanaatindeyiz. Serahsi'ye göre kıyas ve istihsan sonuçları itibarıyla ikişer kısma ayrılmaktadır:

Kıyas:

1- Açık olmasına rağmen etkisi zayıf olan kıyas

(ما ضعف أثره وهو ظاهر جلي)،

2- Sıhhati ve etkisi gizli fakat fesâdı zahir olan kıyas

(ما ظهر فساداه و استتار وجه صحته وأثره).

74 Teftâzânî, *et-Telviḥ*, II, 175.

75 Baltacı, Muhammed, *Menâhicü't-teşri'î'l-İslâmi fi'l-kamî's-sâni el-hicri*, Dâru's-Selâm, Kahire 2007, 2. Baskı, I-II, I, 311.

İstihsan:

1- Gizli olması ile birlikte etkisi kuvvetli olan istihsan

(ما قوي أثره وإن كان خفيا ظاهر جلي),

2- Etkisi güçlü fakat etkisindeki fesâd gizli olan istihsan

(ما ظهر أثره وخفي وجه فساده).⁷⁶

Serahsi'nin bu taksiminden anlaşılın, kıyasın ilk kısmı, istihsanın ilk kısmı ile teâruz eder ve istihsan ile ulaşılan hüküm, etkisi yönüyle daha güçlü olduğu için kıyasa öncelenir. İletin ortaya çıkardığı etkinin dikkate alınması sebebiyledir ki, kıyasın ikinci kısmı ile istihsanın ikinci kısmının teâruzunda kıyas tercih edilir. Dolayısıyla araştırma konumuzun örneklerini tek tek incelediğimizde ulaşılan sonuç bu taksimle doğru orantılıdır.



Bedir, illetin kuvvet ve zaaf yönüyle kıyaslar arası tercih konusunu değerlendiren ilk dönem usulcülerin değerlendirmeleri üzerinden yeni sorular sorar ve şöyle cevap verir:

76 Serahsi, *el-Usûl*, II, 203.

Her ne kadar bu bize, bazen kıyasın güçlü bazen de istihsanın güçlü olduğu yerde güçlü bir delili zayıf olandan ayırmak için ölçüt verse de, kıyasın istihsanı geçersiz kıldığı bir durumda niçin tercih edilen kıyasın istihsan ismini almadığı sorusunu sormamaktadır. Belki bu itiraz istihsanın iki tipinin olduğu söylenerek cevaplanabilir: Güçlü istihsan ve zayıf istihsan. Bu yüzden hem güçlü hem de zayıf istihsana “istihsan” denilir; çünkü istihsanı tespit etme metodu her zaman, açık seçiklikle karakterize edilen kıyasta gerekli olmayan derin düşüncüyü gerektirir. Diğer bir deyişle açık seçiklik ve kapalılık, birini diğerinin önüne geçirecek değeri temsil etmemektedir. Fakat bu çözüm meseleyi daha da karmaşık hale getirmektedir; çünkü “tercih yönünün başından beri istihsanın doğası olduğu gerçeğini” ve Cessâs ve Kerhi tarafından bu belirli kıyasın “istihsan” diye nitelenmesini savunmak için yukarıda yapılan tanımları görmezden gelmiştir⁷⁷. Bu, güzel görülen (yani istihsan edilen: el-mustahsen) durumların niçin, istihsan kelimesinin etimolojik anlamında (örneğin tercih anlamında) kullanıldığını ima eden celi kıyası çağrıştırdığını (kıyasın istihsanı geçersiz kıldığı durumlarda) açıklar. Sonuncu fakat bir o kadar da önemli olan nokta şudur: Hiç kimse Şeybânî'nin metinlerinin istihsanı kıyasın bir alt kategorisi olarak değil ikizi olarak sunmasıyla alakalı bir soru yöneltmemişlerdir. Bunu hakiki bir soru olarak da görebiliriz, Şeybânî'nin kıyas anlayışının diğer usul yazarlarından farklı olduğunu da düşünebiliriz.⁷⁸

Son değerlendirmeye ilgili olarak şunu söyleyebiliriz: İmam Muhammed, mezhebin kurucu imamları arasında olduğu için onun kıyas anlayışının usulcülerin kıyas anlayışından farklı olmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Kıyaslar arası tercih konusu anlatılırken bahsettiğimiz üzere, kıyas ve istihsan öncelenmesinde belirleyici unsur, illetin tesir gücüdür. Menâr şerhi İbn Melek haşiyesinde Rahâvi, kıyası, tesir itibarıyla celi ve hafî diye taksim ettikten sonra kıyası istihsan mukabilinde has (özel) manada kullanır. Yani kıyas terimi, istihsan ile beraber kullanımında umumi (genel) ve hususi (özel) manada müşterektir. Aynı şekilde istihsan da umumi (genel) ve hususi (özel) manaları içinde barındırır. Umumi manada istihsan, celi kıyası özel bir sebepten dolayı terk etmenin ifadesidir. Bu şekildeki istihsan dört kısımdır; bunlar: Eser, icma, zaruret ve hafî kıyas istihsanıdır. Hususi oluşu ise umumi manadaki istihsanın bir kısmı olan hafî kıyas istihsanıdır. Kıyasın umumi manası ile istihsanın hususi manası arasında mantık terimiyle umum husus min vech söz konusudur. Yani kıyas çeşitlerinde olması hasebiyle hafî kıyas, hem kıyastır hem de istihsandır. Fakat celi kıyas istihsan olmadığı gibi eser, icma ve zaruret sebebiyle olan istihsan da kıyas değildir.⁷⁹

77 Cessâs, *el-Fusûl*, IV, 234.

78 Bedir, *The Power of Interpretation: Is Istihsan Kıyas*, trc. Ebubekir Alan, s. 8.

79 Rahâvi, Şerefuddin Ebû Zekeriyya Yahya, Haşiyeye alâ Şerhi ibni'l-Melek li metni'l-Menâr, İstanbul 1315, s. 812.

Kıyasın istihsana tercih edilmesinde ve diğer kıyas konularında kuvvet, her zaman en önemli rolü üstlenmektedir. Bu hakikate işaret eden Debûsî'nin, kıyaslar arasındaki teâruzu gidermede tercih sıralamasını hiyerarşik olarak dört başlık altında ele aldığını kıyaslar arası tercih başlığı altında değerlendirmiştik. Bunlar:

a- İletin (vasıf) tesirinin kuvvetli olması,

b- Karşılaşılan olaydaki vasfın da tesirinin güçlü olması,

c- Kıyas edilecek aslın birden çok olması,

d- Vasfın olmayışının hükmün yokluğunu gerektirmesi yani, illetin asıl ve fer'den ayrılamaz olmasıdır.⁸⁰

İşte kıyas ve istihsan öncelenmesindeki meselenin özü illetin kuvvetine bağlıdır. İlet, meselenin hükmünü ortaya koymada müçtehit fakihin yegâne yardımcısıdır. Gördüğümüz kadarıyla illetin kuvveti ve zaafıyla ilgili olarak verilen kararda, maslahat ilişkisi doğru orantılıdır.

Konumuzla alakalı olması yönüyle Cessâs, istihsanın kıyası da içerdiğine atıfla istihsanın bir delil olmayıp yöntem olduğuna değinir. Fakat bazı yerlerde onu bir delil olarak da kullanır. Yalnız Debusi, bu kavram karmaşasına son verip kıyasın bir çeşidi olması yönüyle istihsanı özgün olarak değerlendirmiştir. Değerlendirmenin gerekçesi ise, Cessâs'ın tarifinin ilk dönem eserlerinde kullanılan istihsanın ne olduğunu tam olarak açıklayamıyor olmasıdır. Debûsî'yi yeniden bir tarif yapmaya yönlendiren konu, Cessâs'ın tarifinin yeterli olmadığı kanaatidir. Bu kanaat İmam Muhammed'in eserlerinde, istihsanı geçersiz kılan kıyas ve istihsanın gerçekten kıyası geçersiz kılıp kılmaması durumudur. Cessâs bu sorunu dile getirmesine rağmen tam olarak açıklama yapmamıştır.⁸¹ İşte Debusi'nin istihsanı tekrar tarif etmesinin arkasındaki neden budur. Debusi'ye göre istihsanla ilgili kıyası anlamak için çaba sarf etmek müstakil olarak kıyası anlamaktan daha önemli ve zaruridir.⁸²

Örnek verecek olursak, namaz kılan birisi, kıraatinin sonunda secde ayeti okuyup rükû edecek olsa, kıyasa göre yapmış olduğu bu rükû, secde yerine geçer. İstihsana göre ise secde yerine geçmez. Bu meselede kıyas tercih edilip istihsan terk edilmiştir. Yani istihsana göre rükû secde yerine geçmez. Çünkü namazda yapılan rükû, secde yerine geçmediği gibi tilavet secdesinde yapılan rükûnun da

80 Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, s. 340.

81 Cessâs, *el-Fusûl*, 4/243; Bedir, *The Power of Interpretation: Is Istihsan Kıyas*, s. 7.

82 Bedir, *The Power of Interpretation: Is Istihsan Kıyas*, s. 7.

secde yerine geçmesi mümkün değildir. Aynı şekilde namazda yapılan secde ve rükûdan her biri tahrimi (namazın rükunları olması sebebi ile) ifade etmesi habibiyle ayrı ayrı şeyler olup birbirinin yerine geçemezler. Nasıl ki namaz dışında okunan secde ayeti için yapılan rükû, secde yerine geçmiyorsa aynı şekilde namazda yapılan rükunün da tilavet secdesi yerine geçmesi söz konusu olamaz.⁸³

Bu meselenin kıyasa binaen caiz olması ise; secde ve rükû birbirine benzer, zira rabbimiz, ”حر راکعاً”⁸⁴ ayetinde rükû kelimesini secde manasında kullanmıştır. Bu ayette mecaz vardır ve istihsan veçhindeki benzetme zahiren doğrudur. Fakat eserin kuvveti, yani ta’zimde bulunmak kıyasta gizlidir. İstihsanda ise fesat gizlidir. Burada maksat secde ayeti okunduğunda bizatihi secde yapmak değildir; asıl maksat diğer secde ayetlerinde anlatıldığı şekliyle, kibirlenerek secde yapmaktan imtina edenlere muhalefet ederek tevazuyu ortaya koymaktır. Kıyastaki eserin güçlülüğü bu manada gizlidir. Tevazu ise rükû ile ifade edilebilir. Fakat bu namazda mümkündür, zira namaz dışında rükû ibadet değildir. Bu itibarla eseri gizli olsa da kuvvetli olduğu için kıyas veçhi tercihe şayandır.⁸⁵

Bu örnek, konumuzun içeriğini oluşturan on bir meseleden bir tanesidir. Misal kabilinden söylediğimiz bu meselede ifade edilen hususlar, istihsandan kıyasa dönülen diğer yerler için de söz konusudur.

Burada, şimdiye kadar savunulmanın aksine görüşlerin olduğunu belirtmek gerekir. Kıyas ve istihsanın tearuzunda kıyasın öncelenip, istihsanın terk edildiği kıyasın, aslında kıyas olmadığı lafzen kıyas fakat manen istihsan olduğunu savunan Teftazânî (v.792) ve İbnü'l-Hümâm (v.861) dır. Konuya ilişkin olarak kıyas ve istihsan tearuzunda şayet istihsan, tesir açısından kuvvetli ise o hem isim hem mana olarak istihsandır. Fakat kıyas, tesir yönüyle kuvvetli ise o zaman istihsan, isim olarak istihsan olup, mana olarak kıyastır.⁸⁶ Böyle bir görüşün dikkat çekici olmasıyla birlikte bundan daha mühim olanın Merğînânî'nin *el-hidâye* adlı ese-

83 Şeybâni, *el-Asl*, I, 274-276; Serahsî, *Usûl*, II, 204.

84 Sâd, 24;

قَالَ لَقَدْ ظَلَمَكَ بِسُؤَالِ نَعَجْتِكَ إِلَى نَعَاجِهِ وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَا هُمْ وَظَنَّ دَاوُدُ أَنَّنَا فَتَنَاهُ فَاسْتَغْفَرَ رَبَّهُ وَحَرَّ رَاكِعًا وَأَنَابَ

Davut : “And olsun ki, senin dişi koyununu kendi dişi koyunlarına katmak istemekle sana haksızlıkta bulunmuştur. Doğrusu ortakçılardan çoğu birbirlerinin haklarına tecavüz ederler. İnanıp yararlı iş işleyenler bunun dışındadır ki sayıları ne kadar da azdır!” demişti. Davut, kendisini denediğimizi sanmıştı da, Rabbinden mağfaret dileyerek eğilip secdeye kapanmış, tevbe etmiş, Allaha yönelmişti.

85 Serahsî, *Usûl*, II, 204.

86 Buhârî, *Keşfu'l-esrâr*, IV, 3-4; Teftazânî, *et-Telviḥ*, II, 175; İbnü'l-Hümâm, *et-Tahrîr* (Teysîr şerhi ile birlikte), Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 1983, I-IV, III, 224.

rinde iki yerde kıyasen ve istihsanen meselenin fetvası böyledir diye beyanda bulunur. İlki tevfi zi talak konusunda kişi eşine “işin elindedir” (emrũki bi yediki) lafzı ile talak yetkisini devretmesi geçerlidir. Ayrıca burada herhangi bir ihtilaf olmayıp, bu husus kıyas ve istihsana gũre bũyledir denilmek suretiyle açıklanmıştır. İkincesi ise kitabu’l-lakıt’de “kaybolan bir şeyi bulan kimse, bulduğu şeyi başka birisi ondan alamaz, zira ilk bulan onu korumakla yũkũmlũdũr. Birisi çıksa ve bulanın kendi oğlu olduğunu iddia etse, bu kişinin sũzũne itibar edilir, zira çocuğu bulan, nesep iddiasında bulunmamıştır. Bu istihsan olup, kıyasen iddia sahibinin sũzũ kabul edilmez. ũnkũ mũddei, mũlteki’ın koruma hakkını iptal etmektedir. İstihsanen cevazında ise, kayıp çocuğun menfaatine bir ikrar sũz konusu olup, nesep ile şereflenmektedir. şayet mũltekit (bulan), çocuğun nesebini ikrar etse, hem kıyasen hem istihsanen bu nesep iddiası geçerlidir”.⁸⁷ İbnũ’l-hũmam (v.861/1457) her iki konu hakkında şu açıklamayı yapar: “burada kastedilen, ilgili meselelerin özũmũnde karşıt bir kıyas yoktur.” Bu sũzle mevcut çıkmaz daha da derinleştirmektedir. ũnkũ bir konuda muhalif kıyas yoksa orada istihsandan bahsedilmeyip, mesele her şekilde celĩ kıyas ile neticelenmektedir. Merėinãni’nin buradaki istihsan kullanımı, muhtemelen ıstılahi manasından soyutlanmış olan luğat manasıyla kullanılan istihsandır.⁸⁸

SONUÇ

Kıyas ve istihsan aslında birbirinden farklı gibi gũzũken veya zihinlerde farklı şekillerde kategorize edilen temeli mantığa ve akla dayanan iki önemli yũntemdir. Sũz konusu iki kavramın öncelenme problemi her ne kadar klasik usul eserlerinde farklı başlıklar altında değerlendirilse de, derli toplu bir şekilde ele alınmamıştır.

Kıyas denilince akla, hakkında açık hũkũm bulunmayan bir meselenin hũkũmũnũ, aralarındaki ortak uezelliğe veya benzerliğe dayanarak hũkmũ açıkça belirtilen meseleye gũre belirlemek manasında olan şeri’ delillerin dũrdũncũsũ; istihsan denilince de akla uezel gereelerle açık kıyastan, genel ve yerleşik kuraldan ayrılıp olayın uezelliğine uygun özũm bulma metodunu ifade eden yũntem gelmektedir. İstihsanın, kıyasın (genel kural) eşitli meseleleri hakkaniyete uygun bir şekilde özũme kavuşturamadığı yerde sũspansiyon gũrevi gũren bir delilmiş gibi lanse edilmesinin yanlış olduğu bu araştırma neticesinde ortaya konulmuştur. Biz yũksek lisans seviyesindeki bu araştırmamızda ulaşmış olduğumuz sonuçlar řũyledir:

87 İbnũ’l-Hũmãm, Kemaluddin Muhammed (v. 861/1456), *Fethu’l-kadĩr şerhu’l-hidãye*, Dãru’l-fikr, Beyrut ts., I-VII, III, 107, 418-419.

88 Tãc, Abdurrahman (v. 1975), *es-Siyãsetũř-şeriyye ve’l-fikhi’l-İslãmi*, Daru’s-Selãm, Mısır 2014, I. Baskı, s. 187.

1- Mezhep özelinde Hanefiler'in kıyastan ne anladıkları ve kıyası kabul ettikten sonra kıyasın şeri deliller hiyerarşisinde edinmiş olduğu yerin önemini beyan sadedinde Kitap, Sünnet ve İcmâdan sonra yeni sayılabilecek meselelerin çözümünde dayandığı asla binaen kıyasın ne kadar işlevsel olduğu bir gerçektir. Zira hicri ilk üç asırda kıyas ile birçok mesele çözümlenmiş olup, bugün ise kıyasın bu işlevini tahrir metodunun görebileceği düşünülmektedir. Şâri' adına, Şâri'in rızası doğrultusunda doğru olan hükmü tespiti yönelik içtihadın mutlaka elimizde mevcut asıllara dayandırılması gerektiği bir gerçektir. 2- Kıyas ile ilgili olarak illetin önemi ve hüküm izharında illet tespitinin zorluğu herkesçe malum olup, mansus illetin kapsam dışı olduğu açıktır. Zira Şâri' ilgili illeti kendisi beyan etmek suretiyle ihtimallere fırsat vermemiştir. Fakat müstenbat illet hakkında naslarda herhangi bir şeyden bahsedilmeyip tespiti içtihat alanına bırakılmıştır. Kanaatimizce illetin naslarda sarahaten belirtilmemiş olması hükümlerin tespitinde serbest bir alanın olması ve gerekli yer ve zamanda bu tespitin müçtehitlerin gayretine bırakılmış olması kulların menfaatinedir.

2- İletlerin mansus - müstenbat, gizli (hafî) – açık (celî), kuvvetli – zayıf ve asılların sayısı gibi itibarlar ile taksim edilmiş olması ilgili tesbitin kıyas ve istihsan açısından önemli olduğuna dikkat edilmelidir.

3- Konumuzun diğer veçhesini oluşturan istihsan her ne kadar kimi imamlarla eleştirilse ve onunla hüküm açıklama gayretinde bulunan fukaha ciddi ithamlarla karşılaşsa da aslında istihsan, müçtehidin tatbiki neticesinde Şâri'in muradını en iyi şekilde hükme yansıtan delildir, denilse yeridir. Zira istihsan sadece istisna yani genel kural olan kıyastan bazı sebepler neticesinde dönmek değil, aynı zamanda gizli olan tesir gücüne sahip illet dolayısı ile genel kuraldan dönmeyi de ifade eder. Yani istihsan hem eser, icmâ ve zaruret sebebiyle genel kuraldan dönmeyi, hem de hafî (gizli) kıyas ile genel kuraldan vazgeçmeyi ifade eder. Okumalarımız neticesinde ulaştığımız sonuca göre, istihsan kavramı genel bir kavram olup ifade ettiğimiz iki kısmı da içerisinde barındırır.

4- Araştırmamızda ulaştığımız ve aslında konunun tam manasıyla anlaşılmasını sağlayan mesele kıyas ve istihsan teâruzunda kastedilen kıyas ve istihsanın mahiyetidir. İşte bu teâruzdaki kıyas, fer' ile aralarındaki ortak özelliğe binaen aslın hükmünü vermek manasındaki celî kıyastır. İstihsanı iki kısım olarak ele aldığımızda ilk kısım olan genel kuraldan istisna olarak söylenen istihsan, burada kesinlikle kastedilmemektedir. Çünkü bu alan eser (Kitap, Sünnet ve Sahabe kavli) icmâ ve zaruret alanı olduğu için içtihadı kapalı alan olarak değerlendirilir. Dolayısıyla konumuzda ele alınan istihsan türü, ikinci kısım olan hafî kıyas is-

tihsanıdır. Zira burada hafî kıyas celi kıyasta olduğu gibi bir illete mebni olarak ortaya çıkan içtihadın ifadesidir. İşte burada illetin müessir (müteddi) ve kâsır oluşu, kuvvet ve zayıflığı, ayrıca ortaya çıkan hükmün fesat ve sıhhati devreye girmektedir. Bununla alakalı olarak tez içerisinde verdiğimiz şemayı sonuçta da vermek tez içeriğinden haber vermesi yönüyle zaruridir.

5- Bilindiği gibi her iki manasıyla da istihsanın kıyasa tercih edildiği meseleler sayılamayacak kadar çoktur. Bunların örnekleri bütün furu fıkıh eserlerinde yerlerini almıştır. Fakat kıyasın istihsana (hafî kıyas) öncelendiği yerler sınırlıdır. Bu meseleler on bir ile yirmi bir yer arasında değişmekle birlikte kesin olarak İmam Muhammed'den rivayetle on bir yerdir.

HANEFÎ FIKHINDA TEDÂHÛL İLKESİNİN KAPSAMINA DAİR BİR İNCELEME

Dr. Mustafa Bülent DADAŞ*

Özet: Fıkıh ekollerinin yaygın bir şekilde başvurdukları ilkelerden birisi de tedahül'dür. Tedâhül, 'hüküm gerektiren her bir sebebe ayrı bir hüküm verilir' kuralından istisna edilerek müteaddit sebebe tek bir hüküm bağlamak anlamında kullanılmaktadır. Tedâhül, Hanefî fıkıhında sebepte ve hükümde olmak üzere iki kısımda incelenmiştir. Tedâhülün en yaygın kullanıldığı alan ceza hukukudur. Bununla birlikte tilâvet ve sehiv secdeleri, kefâretler ve iddet gibi konularda da bu ilkeye başvurulmuştur. Bu incelemede Hanefî mezhebinin tedâhül ilkesine yaklaşımı ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu bağlamda öncelikle tedâhülün tanımı, dayandığı esaslar ve türlerine yer verilecek, ardından özellikle de kefâretler ve ceza hukuku üzerinde durularak tedâhülün işletildiği konular ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tedâhül, sebep, hüküm, kefâretler, ukûbat

An Investigation About the Scope of the Principle of Tadahul in the Hanafi Jurisprudence

Abstract: One of the principles which fiqh schools commonly apply is called as "tadahul". The term means "to give a single verdict/judgement for numerous reasons" that is an exception to the rule that "every reason which necessitates a verdict shall be given a separate verdict". In the Hanafi fiqh the term 'tadahul' is examined in two parts; for reasons and judgements. The most commonly used area for tadahul is criminal law. Nevertheless, this principle has been applied in matters such as sajdah (prostration to God) for recitation and sahv, redemptions and waiting period to remarry after divorce (iddet). This study is an attempt to put forward the approach of the Hanafi school regarding the 'tadahul' principle. In this context, first of all, the definition, basis and types of 'tadahul' will be examined, and then especially focusing on the redemptions and criminal law, issues which the principle is applied will be discussed.

Keywords: tadahul, reason, verdict, judgement, redemption, punishment

GİRİŞ

Fıkıhta genel itibarıyla benimsenen ilkelerden birisi de tedahül ilkesidir. İbadet alanı da dâhil fıkıhın pek çok konusunda işletilen bu ilke, 'hükümün mücbibi olan sebebin tekerrürüne rağmen tek bir hükümle iktifa edilmesi' anlamına gelir. Esas itibarıyla, sebep tekerrür ettikçe hükümün de tekerrür etmesi gerekir.¹ Bununla

* Din İşleri Yüksek Kurulu Uzmanı, mustafabulentdadas@gmail.com

1 Kâsânî, Alâüddin Ebû Bekr b. Mes'ûd (ö. 587/1191), *Bedâ'i'ü's-sanâ'i' fi tertibiş-şerâ'i'*, Dâru'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut1986 , II, 101; Bâbertî, Ekmelüddin Muhammed b. Mahmûd (ö. 786/1384), *el-İnâye*

birlikte fakihler, başta ukûbât (ceza hukuku) olmak üzere, hükmün tekerrürünün zorluğa neden olduğu ya da tek hükümlerle, hükmün vaz edilmiş amacının potansiyel olarak gerçekleştiğine kanaat getirdikleri konularda, genel kuraldan ayrılarak sebepler taaddüt etse de tek bir hükümlerle yetinerek tedâhül ilkesini uygulamışlardır.

Bu çalışmanın amacı, Hanefi fakihlerinin tedâhül ilkesine dair yaklaşımlarını ortaya koymaktır. Fıkıhta tedâhül ilkesi ile ilgili olarak İslam âleminde yapılmış bazı çalışmalar bulunmaktadır.² Ancak bu çalışmalar, genel itibarıyla doktrindeki bütün yorumlara yer vermeyi gaye edindiği için, tek bir doktrine ait önemli görüşleri gözden kaçırmış ve mezhep bağlamında tedâhül ile ilgili olarak benimsenmiş tutarlı bir yaklaşım ortaya koyamamıştır.³ Çalışmada, Hanefi fakihlerinin tedâhül ilkesi ile ilgili yaklaşımlarını temsil eden konular seçilecek, diğer mezheplerin görüşlerine burada yer verilmeyecektir.

I. TEDÂHÛL (تداخل) KAVRAMI VE DAYANAĞI

a. Tedâhül Kavramı

Tedâhül sözlükte “karışma, birbirine girme, içinde erime ve tükenme” anlamlarına gelmektedir.⁴ Kavramın fıkıhın farklı alanlarında geniş bir şekilde kullanılmış olması ve sözlük anlamıyla terim anlamı arasındaki yakın ilişki, fakihler tarafından câmi ve mâni bir tarifinin yapılmasına mani olmuştur. Nitekim fıkıh kitaplarının kavramın zikredildiği ilgili bölümlerine bakıldığında, sadece hükmün izahı sadedinde bazı tanımlara rastlanmaktadır. Söz gelimi iddette tedâhül

(*Fethu'l-Kadîr* ile birlikte), nşr. Abdurrezâk Gâlib el-Mehdî, Dâru'l-kütübî'l-ilmiyye, Beyrut 2003, II, 22; İzz b. Abdüsselâm bu kuralı şöyle dile getirmiştir: «أن التداخل على خلاف الأصل، والأصل تعدد الأحكام» «أن التداخل على خلاف الأصل، والأصل تعدد الأسباب» bk. İbn Abdüsselâm, İzzeddîn Abdülazîz (ö. 660/1262), nşr. Tâhâ Abdürrâûf, Mektebetü'l-külliyyât, Kâhire 1991, I, 252. Öğrencisi Karâfi ise bu hükmü şöyle formüle etmiştir: «الأصل أن يترتب على الأصل أن يترتب على كل سبب مسببه والتداخل على خلاف الأصل» bk. Karâfi, Ahmed b. İdrîs (ö. 684/1285), *Envârü'l-burûk fi enva'i'l-furûk*, nşr. Halîl el-Mansûr, Dâru'l-kütübî'l-ilmiyye, Beyrut 1998, II, 54.

- 2 Tespit edebildiğimiz kadarıyla aslı yüksek lisans veya doktora tezleri olarak hazırlanan bu çalışmalar şunlardır: Muhammed Hâlid el-Mansûr, *et-Tedâhül ve eserühü fi'l-ahkâmîş-şeri'iyye*; Hâlid b. Sa'd el-Haşlân, *et-Tedâhül beynel-ahkâm fi'l-fikhi'l-İslâmî*; Âdil Selâme, *Tedâhülü'l-ukûbât fiş-Şeriatil-İslâmiyye*; Sâid b. Mansûr Âl Küreydis, *Tedâhülü'l-ukûbât fiş-Şeriatil-İslâmiyye*. Müstakil olarak yapılmış bu çalışmaların yanında, Ebû Zehra, Abdülkâdir Üde ve Behnesî gibi âlimler, İslam Ceza Hukuku alanında kaleme almış oldukları kitaplarda tedâhül" konusuna ilgili yerlerde değinmişlerdir.
- 3 Konu ile ilgili olarak Türkçe yazılmış müstakil tek çalışma tespit edebildiğimiz kadarıyla Sabri Erturhan'ın "İslam Ceza Hukukunda İçtima" adlı eseridir. Bu çalışma, "tedâhül" ile ilgili dikkate değer bir tablo ortaya koymuş olsa da bu ilkeyi sadece Ceza Hukuku bağlamında incelediği için Hanefi fakihlerinin, tedâhül ile ilgili temel yaklaşımlarını yansıttıkları tilâvet secdesi ve kefâretler gibi meselelere yer vermemiştir.
- 4 İbn Manzûr, Muhammed b. Mükerrrem, *Lisânü'l-Arab*, Dâru Sâdr, Beyrut 1994, "dhl" md.

meselesinde “Tedâhülün anlamı, hayzı, her iki iddet için de hesap etmektir”⁵ denilerek izah edilen mesele içinde hükme tesiri bakımından bir tarif yapılmıştır. Ceza hukuku bağlamında ise aynı türden suçların taaddüdü (içtimaı) halinde her bir suç için müstakil ceza vermek yerine tek bir ceza ile yetinilmesi şeklinde tarif edilmiştir.⁶ Tedâhülün burada verilen tanımı ceza hukuku bağlamında yapıldığı için efrâdını câmi bir tanım değildir. Zira tedâhül sadece ceza hukukunda değil, tilâvet secdesi ve iddet örneklerinde olduğu gibi, ceza ile alakası olmayan konularda da kullanılmıştır.

Aşağıda izah edileceği üzere, tedâhül hükümde olabildiği gibi sebepte de olabilmektedir. Bu nedenle sonuçları itibarıyla farklı olan her bir türün ayrı ayrı tarif edilmesi daha uygun olacaktır. Buna göre sebepte tedâhülü, hükmü gerektiren müteaddit sebebin, tek bir sebep sayılarak tek bir hükümle iktifa edilmesi; hükümde tedâhülü ise “müteaddit sebepleri tek bir sebep saymadan tek bir hüküm ile yetinilmesi”,⁷ şeklinde izah etmek mümkündür.⁸

Tedâhülün sözlük anlamıyla, zikredilen terim anlamı arasındaki münasebetin, müteaddit sebeplerden her biri için vazedilen hükümlerin tek bir hüküm içerisinde katılması ve müteaddit hükümlerin tek bir hüküm içinde eritilmesi olduğu söylenebilir.⁹ Bu ilişki ceza hukuku bağlamında daha net ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, bir kimse hâkim huzuruna çıkmadan önce müteaddit defa hırsızlık yapsa, her bir suç cezayı gerektiren müstakil bir sebep olsa da cezalar tedâhül eder ve tek bir ceza ile yetinilir. Hanefî fakihleri, tedâhül ilkesinin geçerli olduğu hükümlerde bu manayı ifade etmek için “tedâhül eder (يتداخل)” fiilini kullandıkları gibi, “birleşir (يتحد)” ve “girer (يندرج)” kelimelerini de kullanmışlardır.¹⁰

5 İbnü'l-Hümâm, Kemâlüddin Muhammed b. Abdilvâhid (ö. 861/1457), *Fethu'l-Kadir* (el-İnâye ile birlikte), nşr. Abdurrezzâk Gâlib el-Mehdi, Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, Beyrut 2003, IV, 292.

6 Üdeh, Abdülkâdir, *et-Teşri'u'l-cinâiyi'l-İsâmî mukârinen bi'l-kânûni'l-vadî*, Dâru'l-kitâbi'l-arabi, Beyrut, ty, I, 747.

7 «هو جعل الأسباب المتعددة موجبة حكما واحدا مع بقاء تعددها» Et-Tahtâvî, Ahmed b. Muhammed, *Hâşiye alâ Merâkî'l-felâh*, nşr. Muhammed Abdülazîz el-Hâlidî, Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, Beyrut 1997, s. 494.

8 Farklı tanımlama çabaları için bk. Hâlid b. Sa'd el-Haşlân, *et-Tedâhül beyne'l-ahkâm fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Dâru İşbilyâ, Riyâd 1999, s. 45-50.

9 Tedâhül lafzı miras hukukunda (ferâiz) asl-ı meselenin tespiti yapılırken 2 sayısının 4 sayısını içinde erimesi örneğinde olduğu gibi, paylardan birinin diğerine kalansız bir şekilde bölünmesi anlamında da kullanılmaktadır. Bk. Cürçânî, Ali b. Muhammed b. Ali es-Seyyid eş-Şerif (ö. 816/1413), *et-Ta'rîfât*, Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, Beyrut 1983, s. 54. Kavramın farklı ilimlere göre tanımları için bk. et-Tehânevî, Muhammed Alâ b. Ali, *Keşşâfû istilâhâtî'l-fünûn ve'l-ulûm*, nşr. Ali Dahrû, Mektebetü Lübnan Nâşirûn, Beyrut 1996, I, 401.

10 Örnek kullanımlar için bk. Serahsî, Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebi Sehl (ö. 483/1090 [?]), *el-Mebsût*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1993, II, 12; Zeylâi, Fahrüddin Osmân b. Ali (ö. 743/1343), *Tebyinü'l-hakâik fi şerhi Kenzi'dekâik*, el-Matbaatü'l-emîriyye, Kâhire 1313, II, 55; Bâbertî, el-İnâye, I, 46-47; Molla Hüsrev, Mehmed b. Ferâmurz (ö. 885/1480), *Düverü'l-hükkâm şerhü Güreri'l-ahkâm*, Dâru'l-kütübî'l-arabiyye, yy., ty, I, 158; Ali el-Kârî, *el-Meslekü'l-mütekassit bi'l-menseki'l-mütevassit ala Lübâbi'l-menâsik*, Kahire 1303, s. 68,72, 82; İbn Âbidin, Muhammed Emîn (ö. 1252/1836), *Reddü'l-muhtâr*, Dâru'l-fikr, Beyrut 1992, II, 548.

b. Tedâhül İlkesinin Dayanağı

Tedâhül ilkesinin nakli dayanağını Hz. Peygamber'in ve sahabenin tilâvet secdesi ve hadlerle ilgili uygulamaları oluşturmaktadır.¹¹ Bunun yanında -çalışmanın farklı yerlerinde de izah edileceği üzere- zorluğu (haraç) kaldırma, tek bir ceza ile suçlunun ıslahını temin etme ve caydırıcılığı sağlama gibi aklî ve tecrübî delilleri, tedâhülün dayanakları arasında saymak mümkündür. *Hidâye* şârihlerinden Siğnâki (ö. 714/1314), tedâhülün meşruiyetini zorluğu (haraç) kaldırmak şeklinde açıklamanın doğru olmadığını söyler. Ona göre bu husustaki asıl delil, Hz. Peygamber ile Cibrîl arasındaki Kur'ân müzakeresinde secde âyetinin müteaddit defa tekrar edilmesine rağmen Hz. Peygamber'in tek bir secde ile iktifa etmesini gösteren hadisler ile Ebû Mûsâ el-Eş'arî ve diğer bazı sahabelerin tilâvet secdesi hususundaki uygulamalarıdır. Ancak bu esas delillere ilaveten zorluğu kaldırma gerekçesini de zikretmek mümkündür.¹² Bâbertî'nin (ö. 786/1384), "Hz. Peygamber, tilâvet secdesindeki uygulamasıyla ümmetine tedâhülü öğretmeyi murad etmiştir" şeklindeki beyanı, tedâhül ilkesinin meşruiyetinin sünnete dayandığını ifade etmesi bakımından önemlidir.¹³

II. TEDÂHÜL İLKESİNİN UYGULANDIĞI YERLER

Hanefî fakihleri tedâhülün türlerini tilâvet secdesi bağlamında ele almışlar, tedâhülü sebepte ve hükümde tedâhül olmak üzere iki kısımda değerlendirmişlerdir.

a. Sebepte Tedâhül

Bir fıkıh usulü terimi olarak sebep; şâriin varlığını hükmün varlığına yokluğunu da hükmün yokluğuna alâmet (muarrif) kıldığı zahir ve münzabit (değişken olmayan) vasıftır.¹⁴ Mesela, secde âyetini okumak tilâvet secdesinin vücûbuna, hatâen adam öldürmek adam öldürme kefaretinin vacip olmasına, kan akrabalığı da mirasçı olmaya sebeptir. Örneklerden anlaşıldığı üzere hüküm sebebin şer'i bir

11 Bu konudaki deliller için bk. Cessâs, Ebû Bekr Ahmed Alî (ö. 370/980), *Şerhu Muhtasari't-Tahâvi*, nşr. İsmetullah İnâyet – Saîd Bekdâş, Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, Beyrut 2013, VI, 225-226.

12 Bk. Siğnâki, Hüsâmüddîn Hüseyin b. Alî b. Haccâc (ö. 714/1314) *en-Nihâye fi şerhi'l-Hidâye*, Nuruosmaniye Ktp., nr. 1768, I, vr. 132^b.

13 Bâbertî, *el-İnâye*, II, 22.

14 Sebep, hükmün varlığının ve vücûbunun gerçek nedeni değildir. Sadece kendisi ile hükme ulaşılan bir vasıta. Sebebin tarifi ve kısımları için bk. Neseî, Hâfızüddîn Abdullah b. Ahmed (ö. 710/1310), *Keşfü'l-esrâr*, Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, Beyrut, ty, II, 410-422; Buhârî, Abdülazîz Ahmed (ö. 730/1330), *Keşfu'l-esrâr an usûli Fahrü'l-İslâm el-Pezdevî*, nşr. Muhammed Mu'tasım billâh, Dâru'l-kitâbi'l-arabi, Beyrut 1997, IV, 284-285, 293-312; İbrahim Kafî Dönmez, "Sebep", *DİA*, XXXVI, 244-247.

sonucudur. Dolayısıyla sebebin varlığı halinde hüküm oluşur ve sebep tekerrür ettikçe hüküm de tekerrür eder. Sebepde tedâhülden maksat ise müteaddit sebeplerin birbiri içine geçerek tek bir sebep sayılmasıdır. Buna binaen de tek bir sebebe tek bir hüküm tertip edilmesidir. Görüldüğü üzere burada konu edinilen sebepler arasındaki tedâhül, sebep hüküm ilişkisi bağlamında ifade edilen ‘her bir sebep ayrı bir hüküm doğurur’ kuralından istisnadır. Nitekim Hanefî fakihlerinin tilâvet secdesi bağlamında sebeplerde tedâhülün istihsan olarak meşru sayıldığına dair ifadeleri, bu kural ve istisnayı açıklar niteliktedir.

Hanefî fakihleri prensip itibarıyla ibadet alanında tedâhüle yer vermez. Zira tedâhül ilkesinin ibadet alanında işletilmesi, sebebin mevcudiyetine rağmen hüküm olan ibadetin terettüp etmemesi, bir başka ifadeyle mücibin mevcudiyetine rağmen vâcibin (mücebin) olmadığını söylemek anlamına gelir. Oysa ibadet alanında ihtiyat esastır. Sebepde tedâhül ilkesinin kabulü ise bu esasa aykırıdır.¹⁵ Bununla birlikte Hanefîler istisna kabilinden olmak üzere ibadete dair bazı konularda sebepte tedâhülün varlığını kabul ederek aynı hükmü gerektiren birden fazla sebebi tek bir sebep gibi mülahaza etmişler ve sonuç olarak tek bir sebebe tek bir hüküm tertip ederek üzerine hüküm tertip edilmeyen bir sebebin kalmadığını ifade etmişlerdir.

Esas itibarıyla Hanefî mezhebinin kurucu imamaları, aynı mekânda müteaddit defa okunan aynı secde âyeti için tek bir secdenin yeterli olduğuna hükmederken sarahaten bir gerekçeden söz etmemişlerdir. Bu hükmü tedâhül gerekçesi ile izah eden tahrîc ehli fakihlerdir. Söz konusu hükmü değiştirmese de, hükmün tedâhül gerekçesi ile izah edilmesini münasip görmeyen Hanefî fakihleri de vardır. Örnek olarak Serahsî, bu hükmün mesnedinin tedâhül olma imkânını ihtimal dâhilinde görmekle birlikte daha isabetli olan gerekçeye göre, tilâvet secdesinin sebebinin okunan âyete hürmet olduğunu, aynı âyetin ikinci defa okunmasının sadece bir tekrardan ibaret olacağını ifade etmiştir. Ona göre, bu hüküm sebepte tedâhül yoluyla verilmiş olsaydı, aynı mekânda secde âyetini okuduktan sonra secde eden ve sonrasında âyeti okumaya devam eden kimsenin yeni bir secde yapması icap edecekti.¹⁶ Serahsî ve bu konuda onunla aynı fikirde olan fakihlerin bu yaklaşımı

15 Siğnâkî, *en-Nihâye*, I, vr. 132^a.

16 Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, II, 5. Serüçî'nin naklettiğine göre Ebü Mansûr el-Mâtürîdî de tilâvet secdesindeki tedâhül meselesini Serahsî gibi izah eden fakihlerdendir. Bk. Serüçî, Ebü'l-Abbâs Şemsüddin Ahmed b. İbrâhîm (ö. 710/1310), *el-Gâye*, III, vr. 16^a Süleymaniye Ktp., Kadızade Mehmet, nr. 198, III, vr. 16^a. Bu meselede dikkat edileceği üzere, ne Mâtürîdî ne de Serahsî imamlardan nakledilen görüşe itiraz etmemektedir. Onların itirazı, bu hükmün gerekçesinin tedâhül ilkesi ile izah edilmesi noktasındadır. Tilâvet secdesinde tek bir secde ile iktifa edilmesinin farklı gerekçeleri için bk. İbn Mâze, Burhânüddin Mahmûd b. Sadruşşerîa (ö. 616/1220), *el-Muhîtu'l-burhânî*, nşr. Naîm Eşref Nûr Ahmed, İdâretü'l-Kur'ân – el-Meclisü'l-ilmî, Beyrut 2004, II, 364.

dikkate alındığında Hanefî fıkhında muhtevasında ukûbat unsurunun yer almadığı yerlerde sebepte tedâhülün olmadığını ifade etmek gerekir.

Serahsî'nin sözü edilen yaklaşımı esas itibarıyla “sebepe hüküm doğurur” kuralına daha münasip düşmektedir. Ancak tilavet secdesi bağlamında bu kanaatini dayandırdığı gerekçeler tatminkâr değildir. Ayrıca sebepte tedâhülün varlığını kabul eden fakihlerin bu hükmü istihsan gerekçesi ile açıklamaları, onların bu hükmü istisna kabilinden gördüklerini ortaya koymaktadır.

b. Hükümde Tedâhül

Hüküm, sebebin¹⁷ varlığı ile ortaya çıkan ve hisle algılanamayan şer'i bir vasıftır.¹⁸ Örneğin, mükellefin Ramazan ayında orucunu kasten bozması veya karısına zihâr yapması birer sebeptir ve her bir sebep kefâretin vacip olması hükmünü doğurur. Hükümde tedahülden maksat ise, hükmü tenfiz etmeden önce müteaddit sebebe rağmen tek bir hüküm ile iktifa edilmesidir. Hüküm tenfiz edildikten sonra meydana gelen yeni sebep yeni bir hükmü iktiza eder. Hanefî fakihleri tedâhülün asıl itibarıyla sebepte değil hükümde olması gerektiğini ifade etmişlerdir.¹⁹ Bu yaklaşımın gerekçesi şudur: Hüküm ve tedâhül, sebebin aksine hisle algılanamayan aklî vasıflardır. Dolayısıyla hissi olmayan hüküm ve tedâhül arasındaki münasebet, hissi olan sebep ve hissi olmayan tedâhül arasındaki münasebetten daha kuvvetlidir. Bu nedenle de tedâhülün hükümde işletilmesi daha uygundur. Hanefî fıkhında hükümde tedâhül ilkesinin işletildiği konuların başında ukûbât alanı gelmektedir.²⁰

Görüldüğü üzere Hanefî fakihleri tedâhül prensibini işletirken her iki türde de ihtiyatı esas almışlardır. Ceza hukukunda ihtiyat, en küçük bir şüphenin varlığı halinde cezayı uygulamama şeklinde tezahür eder.²¹ İbadetlerde ihtiyat ise tedâhüle yer vermemek, yer verilse dahi müteaddit sebebi tek bir sebep sayarak, tek bir sebebe tek bir hüküm tertip etmek şeklinde uygulanır. O halde bu bağlamda değinilmesi gereken hususlardan birisi de hükümde tedahül ile sebepte tedahül arasındaki farktır. Burada iki tür tedâhül arasında iki önemli farktan söz edilebilir:

17 Tedâhül bağlamında sözü edilen sebep, mükellefin fiili olan sebeptir.

18 Sadruşşeria, Ubeydullâh b. Mes'ûd, *et-Tavzîh fî şerhi ğavâimizi't-Tenkîh* (Telvih şerhiyle birlikte), Mektebetü Sabîh, Mısır, ty, I, 24.

19 Bâbertî, *el-İnâye*, II, 22; Şeyh Bedreddin, Mahmûd b. İsrâîl (ö. 820/1416), *et-Teshîl Şerhu Letâifi'l-işârât*, Süleymaniye Ktp., Damad İbrahim Paşa, nr. 553, vr. 49^b.

20 Neseî, Hâfızüddin Abdullah b. Ahmed (ö. 710/1310), *el-Kâfi şerhu'l-Vâfi*, Süleymaniye Ktp., Süleymaniye, nr. 581, I, vr. 90^a; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, II, 23; Tahtâvî, *Hâşiye alâ Merâki'l-felâh*, s. 495.

21 Siĝnâkî, *en-Nihâye*, I, vr. 132^a; Hâfuziddin en-Neseî, *el-Kâfi*, I, vr. 90^a.

a. Sebepde tedâhülde, her biri müstakil bir hükmü müciib olan müteaddit sebepler, hükmün gerek tenfizinden önce gerekse sonra tek bir sebep olarak değerlendirilir. Mesela secde âyetini okuduktan sonra secde eden bir kişi, aynı mecliste aynı âyeti tekrar okusa, secde etmesine sebep olan ilk okuma sonraki okumalarla tedâhül eder ve yeniden secde etmesi vâcip olmaz. Hükümde tedâhülde ise verilen hüküm kendisinden önceki hükümlerin yerine geçse de kendisinden sonra meydana gelen sebebe terettüp eden hükmün yerine geçmez. Örnek olarak: Bir kimse defaatle hırsızlık yapıp had cezasına çarptırıldıktan sonra tekrar hırsızlık yapsa, daha önce maruz kaldığı ceza ile işlediği yeni suçun cezası tedâhül etmez ve yeniden cezalandırılır.²²

b. Sebepde tedâhülün icra edilebilmesi için genel itibarıyla meclis birliği şartı aranmaktadır. Hanefî fakihleri bu hükmü gerekçelendirilirken meclisin -bey' akdinde olduğu gibi- müteferrik şeyleri cem ettiğini,²³ dolayısıyla meclis değişik medikçe orada geçen zamanın tek bir andan ibaret sayılacağını ifade etmişlerdir.²⁴ Hükümde tedâhülde ise meclis birliği şart değildir. Buna binaen aynı cinsten bir suç farklı mekânlarda işlemiş birine tek ceza verilir.²⁵

III. TEDÂHÜL İLKESİNİN İŞLETİLDİĞİ HÜKÜMLER

Hanefî furû' kitaplarında tedâhül kapsamında değerlendirilen hükümler tek bir yerde ele alınmamış, ilgili yerlerde hükme tesiri bakımından incelenerek hüküm bazında pratik yansımaları verilmiştir. Bununla birlikte İbn Nüceym (ö. 970/1563) gibi kavâid alanında kitap telif etmiş fakihler, tedâhülün geçerli olduğu fer'î hükümleri, "Tek bir cinsten olan ve vazediliş maksatları farklı olmayan iki hükümden biri gâliben diğerine dâhil olur"²⁶ kuralı altında sıralamıştır.²⁷ Tespit edildiği kadarıyla tedâhül konusunu en geniş şekilde işleyen Mâlikî faki-

22 Hâfûziddin en-Nesefî, *el-Kâfi*, I, vr. 90^a-90^b.

23 «لأن المجلس جامع للمتفرقات» bk. Zeylaî, *Tebyînu'l-hakâik*, I, 9; IV, 4.

24 Bu kuralın örnekleri için bk. Şeybânî, *Muhammed b. El-Hasen, el-Asl*, nşr. Muhammed Boynukalın, Dâru İbn Hazm, Beyrut 2012, IV, 574, 591; Serahsî, *el-Mebsût*, II, 12; IV, 216; VI, 89; Kâsânî, *Bedâ'î*, II, 218; II, 232.

25 İbnü's-Sââtî. (ö. 694/1295), *Şerhu Mecma'u'l-bahreyn*, Konya Vâhid Paşa Ktp., nr. 1103, I, vr. 83^a; Bâbertî, *el-İnâye*, II, 22.

26 «إذا اجتمع أمران من جنس واحد ولم يختلف مقصودهما دخل أحدهما في الآخر غالباً»

27 İbn Nüceym'in zikrettiği bu kaide ve altında verdiği örnekler Subkî ve Suyûtî'nin *el-Eşbâh ve'n-nazâir* adlı kitaplarında da mevcuttur. Bk. İbn Nüceym, İbrâhîm b. Muhammed (ö. 970/1563), *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, nşr. Muhammed Mutî' el-Hâfîz, Dâru'l-fîkr, Beyrut 1999, s. 147-149; Subkî, Tâcüddin Abdülvehhâb b. Ali (ö. 771/1370), *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, Beyrut 1991, I, 95; Suyûtî, Celâlüddin Abdurrahmân b. Ebi Bekr (ö. 911/1505), *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, Beyrut 1990, s. 126-128.

hi Karâfi'dir (ö. 684/1285). Karâfi gerek “*el-Furûk*” adlı kitabında gerekse “*ez-Zehîra*”da tedâhül ile ilgili kapsamlı bilgiler vermiş, her iki kitabında da tedâhülün fikhın altı konusunda geçerli olduğunu ifade etmiştir. Karâfi'nin zikrettiği konuları Hanefî mezhebinde de geçerli olduğu için burada zikretmekte yarar olduğunu düşünüyoruz: 1. Taharet, 2. İbâdât, 3. Kefâret, 4. Had cezaları, 5. İddet, 6. Diyet vb. tazminat kabilinden olan cezalar.²⁸

Aşağıda Hanefîlerin bu ilke ile ilgili yaklaşımlarını ortaya koyacak önemli mi-sallere yer verilecektir.²⁹

1. Tilavet Secdesi

Hanefî fakihleri istihsan yöntemine dayanarak tilavet secdesinde genel itibarıyla tedâhül ilkesinin hâkim olduğu görüşünü benimsemiştir.³⁰ Genel kural/kıyas, aynı mekânda olsun ya da olmasın okunan ve dinlenen her bir secde âyeti için ayrı bir secde yapmayı gerektirmektedir. Zira hüküm, sebebin sonucudur, bu nedenle sebebin (secde âyetini okumak ya da dinlemek) tekerrürü, hükmün de tekerrürünü iktiza eder. Bununla birlikte hükmün tekerrürü özellikle de Kur'ân talimi yapan öğretici ve öğrenci durumunda olan mükellef açısından zorluğa sebep olacağı için Hanefî fakihleri bu kuraldan vazgeçerek tilâvet secdesinde tedâhülün sebepte cereyan ettiği prensibini kabul etmişlerdir.³¹ Bu binaen tek bir mekânda secdenin vücûb sebebi olan âyetin müteaddit defa okunmasını tek bir okuma (tek bir sebep) gibi görmüşlerdir.³²

Tilâvet secdesinin; secde âyetini okuma ve dinleme şeklinde iki sebebi vardır. Âyetin önce okunması ardından işitilmesi ya da aynı âyetin birden fazla okunması

28 Karâfi, *ez-Zehîre*, nşr. Muhammed Haccî, Dârü'l-garbi'l-İslâmî, Beyrut 1994, I, 310-311; *el-Furûk*, II, 54-56.

29 Giriş kısmında tedâhül konusunda kaleme alındığı belirtilen kitaplara bakıldığında, genel itibarıyla bu kavramın bir nazariye olarak ortaya konulmasından çok, yakından ve uzaktan ilgili ilgisiz pek çok konunun işlendiği görülecektir. Biz, burada çalışmamızın amacına uygun olarak bu ilke hakkında Hanefîlerin yaklaşımını yansıtacak örnekleri ele almakla iktifa edeceğiz.

30 «لأن مبنى السجود على التداخل» El-Merğînânî, Ali b. Ebî Bekr (ö. 593/1197), *el-Hidâye fî şerhi Bidâyeti'l-mübtedî*, nşr. Talâl Yûsuf, Dârü İhyâi't-turâs el-arabî, Beyrut ty, II, 22-23; İbn Mâze, *el-Muhîtu'l-burhânî*, II, 364; Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâik*, I, 207.

31 Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 22-23. Hanefî fakihleri tilâvet secdesinde fikhî kıyastan vazgeçerek istihsân gerekçesiyle tedâhülün cereyan ettiğini kabul ederken istihsana gerekçe olarak Hz. Peygamber'in, Cibrîl ile olan Kur'ân müzakeresini delil olarak getirmişlerdir. Buna göre Hz. Peygamber Cibrîl ile olan müzakeresinde bir secde âyetini müteaddit defa okuyup dinlemesine rağmen tek bir secde yapmakla iktifa etmiştir. Sahabenin bu konudaki uygulamaları için bk. Serûcî, *el-Gâye*, III, vr. 15^b; Mevsilî, Abdullah b. Mahmûd (ö. 683/1284), *el-İhtiyâr li ta'lîli'l-Muhtâr*, nşr. Şuayb el-Arnaût ve diğ., Dârü'r-risâle'l-âlemiyye, Beyrut 2009, I, 257; İbnü's-Sââtî, *Şerhu Mecma'u'l-bahreyn*, I, vr. 83^a; Bâbertî, *el-İnâye*, II; 22; el-Aynî, *el-Binâye*, II, 673.

32 Şeybânî, *el-Asl*, I, 280-281,283; Siğnâkî, *en-Nihâye*, I, vr. 132^b; El-Aynî, Bedrüddin Mahmûd b. Ahmed (ö. 855/1451), *el-Binâye şerhu'l-Hidâye*, Dârü'l-kütüb'l-ilmîyye, Beyrut 2000, II, 673.

şeklinde sebeplerin ictimâi halinde, hükümde tedâhülün söz konusu olabilmesi için şu iki hususta birliğin bulunması gerekir:³³

a. Meclis birliği: Aynı âyetin tek bir mecliste birden fazla okunması halinde secdenin sebebi olan okuma (tilâvet) fiili tek bir fiildir. Buna binaen tedâhül ilkesi gereğince tek bir secde yeterli olur. Bu hususta secde âyetinin mükerreren okunduktan sonra secde edilmesi ile âyeti okuduktan sonra secde etmek ve ardından tekrar okumak arasında bir fark yoktur. Âyetin okunduğu meclisin değişmesi halinde secdenin vücûbunun sebebi olan tilâvet arasında tedâhül olmaz ve her bir secde âyeti için ayrı ayrı secde etmek icap eder.³⁴

b. Âyet birliği: Tek bir mecliste olsa dahi farklı secde âyetlerinin okunması ya da işitilmesi halinde okunan her bir âyet müstakil bir sebep kabul edilir ve hükümde tedahüle gidilmez.³⁵

2. İddette Tedâhül

Tedâhül ilkesinin işletildiği hükümlerden birisi de iddetdir. İddet; kadın ile erkek arasındaki nikâh bağının herhangi bir sebeple sona ermesi halinde,

33 İbn Mâze, *el-Muhîtu'l-burhânî*, II, 364. Cemâlüddîn el-Hasîrî (ö. 636/1238), Şeybânî'nin *Câmî'u'l-kebir* üzerine yazdığı, *et-Tahrîr* adlı şerhinde, konuya mezhep imamları tarafından esas alındığını ima ettiği şu kuralı zikrederek başlamıştır: "Asıl şudur, secde âyetinin ve tilâvet mahallinin bir olması, secdenin vacip olması noktasında müteaddit okumaları hükmen tek bir okuma kılar (الأصل: أن اتحاد التلاوة وآية السجدة توجب (الأصل: أن اتحاد التلاوة وآية السجدة توجب) بک. el-Hasîrî, Cemâlüddîn Mahmûd b. Ahmed, *et-Tahrîr fi şerhi'l-Câmî'i'l-kebir*, Millet Ktp., Feyzullah Efendi, nr. 745, vr. 3^b-4^a."

34 Kâsânî, *Bedâ'î*, I, 181; Serûcî, *el-Gâye*, III, vr. 15^b; Molla Hüsrev, *Dürer*, I, 158. Aynı tilâvet secdesinin namazın iki rekâtında tekrarlanması halinde tedâhülün cereyan edip etmeyeceği de Hanefî imamları arasında tartışılmıştır. Ebû Yûsuf tedâhülün olabileceğini dolayısıyla tek secdenin yeterli olacağını benimserken, İmam Muhammed birinci rek'atte okunan âyet için secde edilip, ikinci rek'atte okunduğunda tedâhül sebebiyle secde edilmemesi halinde, ikinci rek'atta kıraat yapılmamış olacağı gerekçesi ile tedâhülün olmayacağını, dolayısıyla da ikinci rek'atte tekrar edilmesi halinde tilâvet secdesinin yeniden yapılması gerektiği görüşünü benimsemiştir. Bk. Hâfuziddîn en-Nesefî, *el-Kâfî*, I, vr. 91^a. Bu meselede İmam Muhammed'in *el-Asl* adlı kitabında Ebû Yûsuf'a nispet edilen görüş herhangi bir itiraza yer verilmeden zikredilmiştir. Bk. *el-Asl*, I, 283.

35 Kâsânî, a.g.e., I, 182; Sîgnâkî, *en-Nihâye*, I, vr. 132^b. Hanefî fakihleri tilâvet secdesinde işletilen tedâhül bağlamında, Hz. Peygamber'in isminin bir mecliste müteaddit sayıda geçmesi halinde tek bir salavatın yeterli olup olmaması meselesini de ele alarak İmam Muhammed'in bu konuya değinmediğini, bu nedenle de bu konuda meşâyih'in ihtilaf ettiklerini ifade etmişlerdir. *Hidâye*'nin ilk şârihlerinden olan Serûcî, mütekaddimün Hanefîlerin Hz. Peygamber'in isminin bir mecliste müteaddit defa anılması halinde zorluğu kaldırma gerekçesine binaen tedâhülün cari olacağını ve tek bir salavatın kifâyet edeceği görüşünde olduklarını, buna mukabil müteahhirün Hanefîlerin ise salavatın kul hakkı olduğunu, kul hakkında ise tedâhülün işletilmeyeceği gerekçesine binaen, her defasında salavat getirmenin gerekli olduğunu ifade etmişlerdir. Bk. Serûcî, *el-Gâye*, III, vr. 15^b. Bir başka *Hidâye* şârihi olan Sîgnâkî, ilk görüşü Kerhî'ye ikinci görüşü ise Tahâvî'ye nispet etmiştir. Bk. Sîgnâkî, *en-Nihâye*, I, vr. 132^a. Benzer değerlendirmeler için ayrıca bk. Serahsî, *el-Mesûd*, II, 5; Kâsânî, *Bedâ'î*, I, 181; İbn Mâze, *el-Muhîtu'l-burhânî*, II, 365; Hâfuziddîn en-Nesefî, *el-Kâfî*, I, vr. 90^a; Tahtâvî, *Hâşiye alâ Merâkî'l-felâh*, s. 495.

kadının yeni bir evlilik yapabilmesi için beklemesi gereken süreyi ifade eder.³⁶ Hanefî fakihleri, iddetin asıl maksadını, kadının hamile olmadığına tespiti³⁷ ve nikâhtan kalan hükümlerin sona ereceği bir süreç (ecel) olarak açıklamış, ibadet cihetini asıl değil tâbi bir unsur olarak görmüşlerdir.³⁸ Bu nedenle ihtiyatın esas alındığı ibadetlerde prensip olarak işletilmeyen tedâhülün, iddet sürecinde işletilebileceğine hükmetmişlerdir. İddette tedâhül, ölüm ya da bâin talak sebebiyle iddet beklemekte olan bir kadının, haram olmakla birlikte boşanmış olduğu kocası ya da başka biri ile cinsel ilişkide bulunması halinde gereken yeni bir iddetin önceki iddeti ile birleşmesi suretiyle olur. İddette tedâhül, iddetin türü ve iddette cinsel birlikteliğin yaşandığı erkeğe bağlı olarak temelde iki şekilde tasavvur edilebilir:

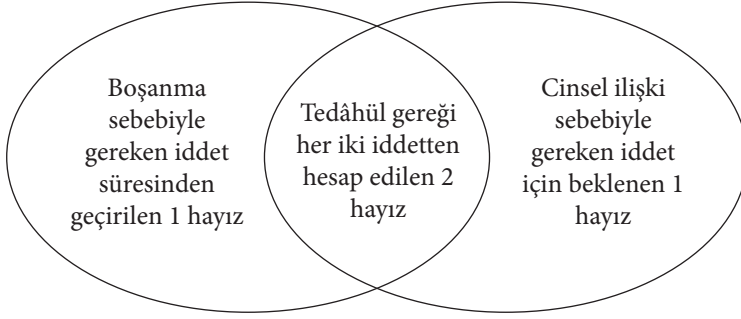
a. Aynı Cinsten İddetler Arasında Tedâhül

Bu tür tedâhül, iddetlerden birinin ölüm iddeti olmaması halinde söz konusu olur. Bu durumda Hanefî fakihleri, kadının iddet sürecinde cinsel ilişkide bulunduğu kişinin eski kocası ya da başka biri olması arasında fark gözetmeyerek her iki halde de tedâhülün geçerli olduğuna hükmetmişlerdir. Şöyle ki: Karısını bâin talakla boşanmış bir kimse iddet sürecinde boşadığı karısı ile cinsel ilişkide bulunursa, kadının cinsel birliktelikten sonra yeni bir iddet beklemesi gerekir. Ancak iki iddet tedâhül eder. Örneğin, kadın boşanmanın ardından iki defa hayız gördükten sonra eski kocası ile ilişkiye girmişse, bir hayız süresi daha bekleyerek ilk iddetini tamamlar. Beklediği bu üçüncü hayız, tedâhül gereği cinsel ilişki sebebiyle gereken yeni iddet için de hesap edilir. Ardından iki hayız daha bekler ve iddetini tamamlamış olur. Boşanmanın ardından bir defa hayız gördükten sonra cinsel ilişkiye girmişse iki hayız daha bekleyerek ilk iddetini tamamlar. Ardından bir hayız daha görünce ikinci iddeti de bitmiş olur. Sonuç olarak altı hayız yerine dört hayız bekleyerek iki iddeti de tamamlamış sayılır. Bu örneği aşağıdaki şekilde göstermek mümkündür:

36 Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 250; Zeylaî, *Tebyîn*, III, 26.

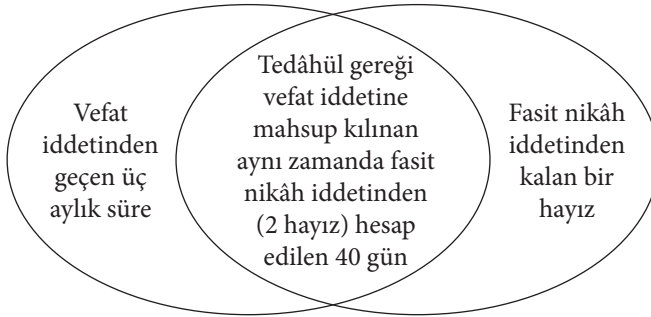
37 Serahsî, ilk hayızın rahmin boş olduğunun tespiti, ikinci hayızın yaşanılan evliliğe olan hürmeti, üçüncü hayızın ise hürün cariye olan fazileti sebebiyle meşru kılındığını ifade etmektedir. Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 42.

38 Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 41-42; Kâsânî, *Bedâ'i'* III, 190; Merğînânî, *el-Hidâye (el-İnâye ve Fethu'l-Kadir şerhleriyle birlikte)*, IV, 293-295; Zeylaî, *Tebyîn*, III, 31.



b. Farklı Cinsten İddetler Arasında Tedâhül

Bu tür tedâhül iddetlerden ilkinin ölüm, diğersinin ise boşanma/tefrîk sebebiyle vâcîp olması halinde söz konusu olur. Şöyle ki: Ölüm iddeti bekleyen bir kadın, iddeti dolmadan fasit bir nikâhla cinsel birliktelik yaşarsa, esas itibarıyla vefat iddeti olarak dört ay on gün, cinsel birliktelik sebebiyle de üç hayız iddet beklemesi gerekir. Bununla birlikte Hanefî fakihleri bu durumda da iddetler arasında tedâhülün geçerli olduğu görüşünü benimsemişlerdir. Örneğin kadın, kocasının vefatından üç ay geçtikten sonra bir başkası ile nikâhlansa ve zifaktan sonra nikâhın fasit olması sebebiyle tefrik vuku balsa, kırk gün daha bekleyerek vefat iddetini tamamlar. Bu kırk günlük süre zarfında iki defa hayız gördüğünü kabul edelim. Bu durumda fasit nikâh sebebiyle beklemesi gereken iddetini tamamlamak için bir hayız daha bekler ve böylece her iki iddeti de tamamlamış olur.³⁹ Bu durumu aşağıdaki şekilde şöyle gösterebiliriz:



39 Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 43; Kâsânî, *Bedâ'i'* III, 190; Merğînânî, *el-Hidâye (el-İnâye ve Fethü'l-Kadîr şerhleriyle birlikte)*, IV, 293-295; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 257; Zeylai, *Tebyîn*, III, 31; Molla Hüsrev, *Dürrer*, I, 403; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fikhiyye Kâmûsu*, Bilmen Basım ve Yayın Evi, İstanbul, ty, II, 378-379.

3. Kefâretlerde Tedâhül

Kefâret, “dinin belirli yasaklarını ihlal eden kimsenin hem ceza hem de Allah’tan mağfiret dilemek maksadıyla yükümlü tutulduğu köle âzat etme, oruç tutma, fakiri doyurma ve giydirme gibi malî ve bedenî nitelikli ibadetlerin genel adıdır.”⁴⁰ Hanefî usûlcülere göre kefâretler, sırf Allah hakkı kapsamına dâhil olan, hem ibadet hem de ceza (ukûbât) tarafı olsa da ibadet tarafı daha ağır basan yükümlülüklerdir.⁴¹ Kefâretlerde ukûbât tarafının da bulunması, genel itibarıyla ukûbât alanında işletilen tedâhül ilkesinin, başta oruç kefâreti olmak üzere kefâretlerde de işletilmesi sonucunu doğurmuştur.⁴²

Kefâretin mucibi olan ve suç kabul edilen sebebin müteaddit defa vuku bulması halinde, her bir suç için ayrı bir kefâretin gerekip gerekmeyeceği veya tedâhülün hangi tür kefâretlerde cereyan edeceği konusu doktrinde tartışılmıştır. Konunun bu anlamda anlaşılır bir şekilde incelenebilmesi ve Hanefî mezhebinin kefâretlerde tedâhül ilkesini nasıl işlettiklerinin görülebilmesi için, her bir kefâretin -tedâhül ile alakalı olan kısımları ile iktifa edilmek şartıyla- müstakil bir biçimde beş başlık altında ele alınacaktır.

A. Oruç Kefâreti

Hanefilere göre orucun, aynı Ramazan ayı içinde arada kefâret ödenmeden birkaç defa bozulması halinde tek bir kefâret yeterli olur. Bu hususta Hanefî imamları arasında görüş birliği vardır.⁴³ Bununla birlikte mezhep içinde rivâyet farklılığından kaynaklanan görüş ayrılığının bulunduğu iki husus bulunmaktadır:

40 Yaran, Rahmi, “Kefâret”, *DİA*, XXV, 179-182.

41 Serahsî, *el-Usûl*, II, 295; *el-Mebûsât*, IV, 78; Hâfîzüddîn en-Nesefî, *Keşfü'l-esrâr*, II, 396-397; İbn Melek b. Firişte (ö. 821/1418'den sonra), *Şerhu Menâru'l-envâr*, Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, Beyrut ty, s. 315. Kefâretlerde ibadet tarafı daha galip olduğu için hatâen, unutarak ve ikrah altında bir ihlalde bulunan kimseler için de meşru görülmüştür. Bu yaklaşımın gerekçeleri için bk. Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV, 254-256. Kefâretlerde hakim yaklaşım bu olmakla birlikte orucu bozma kefâreti bundan istisna edilmiş, bu tür kefârette ukûbât tarafının daha galip olduğu, bu nedenle de hadler gibi diğer ukûbatta olduğu üzere şüphe sebebiyle düştüğü kabul edilmiştir. Bk. Serahsî, *Usûl*, II, 296; el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV, 257. Hâfîzüddîn en-Nesefî, *Keşfü'l-esrâr*, II, 398; Molla Hüsrev, *Mirâtü'l-usûl şerhi Mirkâtî'l-vüsûl*, nşr. İlyas Kaplan, Dâru Sader, Beyrut 2011, s. 412. Sâdrüşşeria, ukûbât tarafı galip olan oruç kefâretine Kur'anî Kerim'in “hoş karşılanmayan ve yalan bir söz” olarak nitelediği (bk. Mücâdele, 58/2), zihâr kefâretini de ilave etmiş [bk. *Tavzîh (Telvîh şerhiyle birlikte)*, II, 307], Teftezânî ve İbn Nüceym ise bu yaklaşımı reddetmiştir. Bk. Teftezânî, *Telvîh*, II, 305-306; İbn Nüceym, *Fethü'l-Gaffâr bi şerhi'l-Menâr*, Kâhire 1936, II, 68.

42 Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV, 266; İbn Emîru Hâc, Şemsüddîn Muhammed b. Muhammed (ö. 879/1474), *et-Takrîr ve't-tahbîr*, Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, Beyrut, ty, II, 109-110. Sâdrüşşeria, *et-Tavzîh (Telvîh şerhiyle birlikte)*, II, 307.

43 Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, II, 424; Kudûrî, Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr (ö. 428/1037), *et-Tecrid*, nşr. Muhammed Ahmed Serrâc – Ali Cum'a, Dâru's-selâm, Kâhire 2004, III, 1488; Kâsânî, *Bedâ'î*, II, 101.

a. Kefâreti Gerektiren Sebebin İki Farklı Ramazan Ayında İlki İçin Kefâret Vermeden Tekerrür Etmesi

Zâhirü'r-rivâyeye göre bu durumda tedâhül olmaz ve iki kefâret gerekir. İmam Muhammed'in "el-Keysâniyyât" adlı kitabında bu durumda tek bir kefâretin yeteceği nakledilmiştir.⁴⁴ Hanefî kitaplarında bu görüşün Tahâvî tarafından Ebû Hanifê'ye de nispet edildiği ifade edilmektedir.⁴⁵ Ancak Tahâvî'nin naklettiği ifade edilen bu görüşün onun kitaplarında rastlanamamıştır.

b. Aynı Ramazan Ayı İçinde Arada Kefâret Vererek Orucun Birkaç Defa Bozulması

Bir kimse Ramazan ayı içinde orucunu kasten bozduktan sonra kefâret olarak bir köle azat etse ya da hadiste zikredilen yoksul sayısında kimseleri doyursa ve başka bir gün orucunu tekrar kasıtlı olarak bozsa, bu durumda zâhirü'r-rivâyeye göre ikinci bir kefâret icap eder.⁴⁶ Züfer'in, Ebû Hanifê'den rivâyetine göre ise bu durumda tedâhül söz konusu olur ve ikinci bir kefâret icap etmez.⁴⁷ Tahâvî'nin

44 Kudûrî, *et-Tecrid*, III, 1488; Debûsî "el-Esrâr"da zâhirü'r-rivâyeye değinmeden iki ayrı ramazanda orucun bozulması halinde kefâretlerin tedâhül etmesi gerektiğini, bunun hilafına nakledilen görüşün mutelem olmadığını ifade etmiştir. Bk. Debûsî, Ebû Zeyd Ubeydullah b. Ömer b. İsâ (ö. 430/1039), *el-Esrâr fî'l-furû*, nşr. Salim Özer, (doktora tezi), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri 1997, s. 234. Serahsî ise *el-Mebsût*'da tek kefâret kifâyet eder görüşünü, zâhirü'r-rivâyeye olarak; iki kefâretin icap edeceğini de İmam Muhammed'in "Keysâniyyât" kitabındaki rivâyete dayanarak ona isnat etmiş, bu meselede tedâhülün cari olacağını ifade ederek, Muhammed'den nakledilen rivâyete itibar edilmeyeceğini söylemiştir. Serahsî, *el-Mebsût*, III, 75. Buna göre Serahsî'nin mezhep imamlarına nispet ettiği görüş ile diğer Hanefî fakihlerinin nispetleri arasında farklılık vardır. Aynı minvaldeki nispetler ve tercihler için bk. Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfu'l-esrâr*, IV, 266; Şeyh Bedreddin, *et-Teshil*, vr. 49^b. Mehmed Zihni efendi (ö. 1331/1913), *Ni'met-i İslâm*, Matbaa-i Âmiriye, İstanbul 1328h, s. 985-986; Bilmen, *Büyük İslam İlmihali*, Bilmen Basım ve Yayın Evi, İstanbul 1986, s. 287.

Semerkindî, tek kefâret gerekeceği görüşünün Ebû Hanifê'nin öğrencilerinden olan Abdullah b. Mübarekê nispet etmiş, diğer görüşün Hanefî imamlarının görüşü olduğunu ifade ederek sahih olan görüşün de bu olduğunu ilave etmiştir. Bk. Semerkandî, *Fetavâ'n-nevâzil*, vr. 50b Aynı minvaldeki nispetler için bk. Kâsânî, *Bedâ'i*, II, 101; Kâdihân, *Fetâvâ*, I, 191; Haddâdî, Ali b. Muhammed (ö. 800/1398), *el-Cevheretü'l-neyyira alâ Muhtasarî'l-Kudûrî*, Mektebetü Hakkâniyye, Pakistan, ty, I, 173; İbn Melek b. Firişte (ö. 821/1418'den sonra), *Şerhu Mecma'u'l-bahreyn*, Süleymaniye Ktp., Damad İbrahim Paşa, nr. 557, vr. 76^b; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, II, 341; İbn Nuceym, İbrâhîm b. Muhammed (ö. 970/1563), *el-Bahru'r-râik şerhu Kenzû'd-dekâik*, nşr. Zekerîyya Umeyrât, Dâru'l-kütüb'l-ilmiyye, Beyrut 1997, II, 484.

Tespit edilebildiği kadarıyla "İki ayrı ramazanda arada kefâret verilmeden orucun bozulması" meselesine İmam Muhammed'in *el-Asl*, *el-Câmi'u's-sağîr* ve *el-Câmi'u'l-kebir* adlı kitaplarında değinilmemiştir. Aynı şekilde Hâkim'in ve Tahâvî'nin Muhtasar'larında da meseleye atf yoktur. Kanaatimize göre imam Muhammed'in tedâhül ile ilgili fikhın farklı konularındaki görüşlerini dikkate aldığımızda Debûsî ve Serahsî'nin naklinin isabetli olmadığı söylenebilir.

45 Tahâvî'nin naklettiği ifade edilen bu görüşe Tahâvî'nin kitaplarında rastlanamamıştır.

46 Şeybânî, *el-Asl*, II, 153; Cessâs, *age.*, II, 425.

47 Cessâs, *Muhtasarü İhtilâfî'l-fukahâ li't-Tahâvî*, nşr. Abdullah Nezîr Ahmed, Dâru'l-beşâirî'l-İslâmiyye, Beyrut 1995, II, 30; Kudûrî, *et-Tecrid*, III, 1488; Serahsî, *el-Mebsût*, III, 74-75; Kâsânî, *Bedâ'i*, II, 101; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, II, 341.

Ebû Hanîfe'den naklettiği üçüncü bir rivayette ise arada kefâret vermemiş olsa dahi kefâreti icap eden her bir ihlalde ayrı bir kefâret gerekir.⁴⁸ Anlaşıldığı kadarıyla bu meselede Ebû Hanîfe'den üç farklı görüş nakledilmiştir:

- i. Arada kefâret vermemişse tek bir kefâret yeterlidir.
- ii. Arada kefâret vermiş olsa da tek kefarete yeterlidir.
- iii. Arada kefâret vermiş olsa da her bir ihlal için ayrı kefarete vermesi gerekir.

Ebû Hanîfe'den nakledilen bu görüşlerin tedâhül bağlamında tahlil edilmesi, konumuz açısından büyük önemi haizdir: Birinci görüş, Hanefî usûlünde sonradan genel olarak kabul gören tedâhülün, hükümde tedâhül türüne mesnet teşkil etmektedir. Tedâhül ile ilgili genel kabul görmüş ilkelerden birisi de “ukûbâtta, hükümde tedâhül türü tatbik edilir” kuralıdır. Oruç kefaretinde ukûbât tarafının daha baskın olduğu dikkate alındığında bu görüşün Hanefî mezhebinde hâkim yaklaşımı temsil ettiğini ve Ebû Hanîfe'nin tedâhül ilkesini işletme noktasındaki diğer görüşleri ile paralellik arz ettiğini söylemek gerekir. Nitekim bu görüşün Zâhirü'r-rivâye olarak nakledilmesi bu tespitleri desteklemektedir.

İkinci görüşe göre Ebû Hanîfe, tek mecliste müteaddit defa okunan veya dinlenen secde âyeti için tek bir secdenin yeterli olduğu görüşünde, meclis birliğini tedâhül için gerekçe saydığı gibi bu görüşte de Ramazan ayının tamamını sebeplerin tedâhülü için gerekçe saymıştır. Hanefî fakihlerince oruç kefaretinde her ne kadar ukûbât unsurunun baskın olduğu, dolayısıyla ukûbâtta tedâhülün, sebepte değil hükümde olması gerektiği ilkesi kabul edilmiş olsa da bu görüşte, oruç kefaretinin ibadet tarafı öne çıkarılarak sebepte tedâhül türü işletilmiştir.

Üçüncü görüş Ebû Hanîfe'nin yemin kefaretiyle ilgili görüşleriyle örtüşmektedir. Bu görüşün gerekçesi şöyle açıklanabilir: Ramazanın her bir gününün, ihlal edilmemesi gereken ayrı bir dokunulmazlığı vardır. Nitekim Hanefî fıkhında kefaretin, cimanın yanında yeme ve içme sebebiyle de vacip olması ve yine kaza olarak tutulan orucun kasıtlı olarak bozulması halinde kefaretin gerekmemesi bu esasa dayanmaktadır. Bu öncüllere binaen, aynı Ramazan içinde arada kefarete verilsin ya da verilmesin orucun müteaddit defa bozulması, hürmeti ihlal edilen gün sayısının ayrı bir kefareti gerektirmelidir.

B. Yemin Kefâreti

Yemin kefaretinde tedâhülün söz konusu olup olmadığını tespit etmek için öncelikle yeminin taaddüdü hususunu izah etmek gerekir. Hanefî fakihleri, Allah'ın

48 Cessâs, *Muhtasarı ihtilâfî'l-fukahâ*, II, 30.

ismini tekrar etmeden tek bir yemin ile birkaç şeyi yapıp-yapmama şeklinde yapılan yeminin bozulması halinde tek bir kefâretin yeteceği hususunda görüş birliği içindedir.⁴⁹ İhtilaf, “vallâhi vallâhi filan şeyi yapmayacağım” şeklinde Allah’ın ismini tekrar ederek müteaddit yeminlerle tek bir şey üzerine yemin etmek ve “vallâhi vallâhi filan yere gideceğim ve filan kişi ile konuşmayacağım” şeklinde müteaddit defa müteaddit şeyler üzerine yemin etmek halinde tek bir kefâretin yeterli olup olmayacağı hususundadır.

Hanefilere göre yeminin müteaddit olup olmamasında şu kurallar geçerlidir:

i. Yemin eden kimse, “Vallâhi, Allahi filan şeyi yapmayacağım” şeklinde üzerine yemin ettiği şeyi telaffuz etmeden Yüce Allah’ın ismini ya da sıfatlarından birisini atıf harfi olmaksızın ikinci veya üçüncü defa tekrarlasa, tek bir yemin etmiş sayılır, bozarsa tek bir kefâret gerekir. Bu durumda ikinci defa tekrar edilen ismin ilkinin aynı olması ile “Vallâhi er-Rahmâni” şeklinde farklı bir isim olması arasında hükmü etkileyecek bir fark yoktur.⁵⁰

ii. “Vallâhi vallâhi filan şeyi yapmayacağım” şeklinde Allah’ın ismi (muksam bih) üzerine yemin ettiği şeyi (muksam aleyh) telaffuz etmeden atıf harfi ile ikinci defa tekrarlamışsa, İmâm Muhammed zâhirü’r-rivâyede bunun iki yemin sayılacağını nakletmiştir.⁵¹ Bu görüş, Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf’tan nakledilen iki görüşten biridir. Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf’tan nakledilen ve Züfer’in de tercih ettiği ikinci bir görüşe göre ise, bu şekilde yapılan yemin tek bir yemin sayılır.⁵² *Müntekâ*’da⁵³ nakledildiğine göre, İmam Muhammed, kıyas/kurala göre “Vallâhi vallâhi vallâhi filan şeyi yapacağım” şeklindeki yeminin üç ayrı yemin olduğunu, ancak insanların bu şekildeki yemin ile tek bir yemin etmeyi adet haline getirdiklerini ifade ederek, örf gerekçesi ile istisnaen bu görüşü tercih ettiğini ve yeminin bozulması halinde tek bir kefâretin yeteceğini belirtmiştir.⁵⁴

49 Örnek olarak bir kimse “Vallahi filan şehre gitmeyeceğim, filanla konuşmayacağım, filanın yemeğini yemeyeceğim...” şeklinde yemin edip sonra yeminini tutmazsa tek bir kefâret kifâyet eder. Kâsâni, *Bedâ’î*, III, 9.

50 Şeybânî, *el-Câmi’u’l-kebir*, s. 46; Kâsâni, *Bedâ’î*, III, 9; İbn Mâze, *el-Muhîtu’l-burhâni*, VI, 77; el-Aynî, *el-Binâye*, II, 268; İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râik*, IV, 490.

51 Şeybânî, Muhammed b. el-Hasen, *el-Câmi’u’l-kebir*, Matbaatü’l-istikâme, nşr. Ebû’l-Vefâ el-Afgâni, Haydarâbâd 1356h, s. 46.

52 İbn Mâze, *el-Muhîtu’l-burhâni*, VI, 77-78.

53 el-Müntekâ; Hâkim eş-Şehîd’in (ö. 334/945) Hanefî mezhebi imamlarından nakledilen nevâdir kabilinden rivayetleri topladığı eseridir. Eser, *el-Kâfi* kadar yaygınlaşmamış ve zamanla kaybolmuştur. Bununla birlikte *el-Müntekâ’nın* ihtiva ettiği rivayetlerden bir kısmını *Hizânetü’l-ekmel* ve *el-Muhîtu’l-burhâni* gibi Nevâdir rivayetleri cem etmiş kitaplarda bulmak mümkündür.

54 Kâsâni, *Bedâ’î*, III, 9-10; Kâdihân, Hüseyin b. Mansûr el-Özcendi (ö. 592/1196), *Fetâvâ*, nşr. Sâlim Mustafâ el-Bedri, Dârü’l-kütübî’l-ilmiyye, Beyrut 2009, I, 531; İbn Mâze, *el-Muhîtu’l-burhâni*, VI, 78; İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râik*, IV, 489-490.

iii. Yemin eden kimse, “Vallâhi filan şeyi yapmayacağım, vallâhi filan şeyi yapmayacağım” şeklinde hem Allah’ın ismini, hem de üzerine yemin ettiği şeyi telaffuz eder, ardından aynı şekilde cümleyi tekrar ederse, bu durumda yemin taaddüt eder ve bozulması halinde iki kefâret gerekir.⁵⁵

*Kunye*⁵⁶ ve *Câmi’u’r-rumûz*⁵⁷ gibi bazı Hanefî kitaplarında Şihâbu’l-eimme ünvanıyla anılan bir fakihe nispeten İmam Muhammed’in, yeminler müteaddit olsa da tedâhülün söz konusu olacağını ve tek bir kefâretin yeterli olacağı görüşünde olduğu ifade edilmiştir.⁵⁸ Ancak Hanefî mezhebindeki kaynak kitaplar dikkate alındığında İmam Muhammed’e yapılan bu nispeti doğrulamak mümkün değildir. Bu hatalı nispetin sebebi, İmam Muhammed’e ait şu iki görüşle yapılan iltibas olmalıdır:

i. Allah’ın isminin atıf harfi ile tekrarlanarak yapılan yeminin örf gerekçesi ile tek bir yemin sayması

ii. Üzerinde müteaddit yemin kefâretleri bulunan bir kimsenin, kefâret öderken ‘şu kefâret, bozduğum şu yemin içindir’ şeklinde bir belirleme yapmadan yeminlerin tamamı için aynı anda fakir doyurmasını caiz görmesi⁵⁹

55 Kâsânî, *Bedâ’î*, III, 10; Kâdihân, *Fetâvâ*, I, 531. Bu madde hususunda şöyle bir ayrıntı zikredilmektedir: Bir şeyi yapmaya ya da yapmamaya yemin eden kimse, aynı veya farklı bir mecliste aynı yemini tekrarlırsa; niyeti yeni bir yemin ise veya önceki yeminindeki ısrarını ortaya koymaksa veya bir niyeti yoksa, bu iki yemin sayılır ve bozulması halinde iki kefâret gerekir. Buna mukabil ikinci yeminiyle ilk yeminine niyet etmişse bu durumda tek bir kefâret kifâyet eder. Bk. Şeybânî, *el-Asl*, II, 297-298; Buhârî, Tâhîr b. Ahmed b. Abdîrreşîd (ö. 542/1147), *Hulâsatü’l-fetâvâ*, Süleymaniye Ktp., Atıf Efendi, nr. 1107, vr. 103^a; Kâdihân, *Fetâvâ*, I, 531; İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râik*, IV, 490.

Kâsânî ve Buhârî’nin bu rivayetine mukabil İbn Mâze, Kudûrî’yi referans vererek Ebû Yûsuf’tan şu görüşü rivayet eder: “Bir kimse oturduğu yerde müteaddit defa yemin ederse, bozduğu her bir yemin için ayrı bir kefâret icap eder, bu hususta yeminlerin aynı ya da farklı meclislerde edilmiş olması hükmü değiştirmez. Şayet ikinci ve üçüncü yemini ile ilk yemini kastettiğini beyan etse bu beyanı Allah’ın adıyla yaptığı yemin hususunda makbul olmaz. Hac ve umre yapacağına dair müteaddit defa yemin etse ve sonraki yeminleri ile ilk yeminini tekit ettiğini söylese, yemin sığası ihbar sığası olduğu için bu beyanı kabul edilir.” Bk. İbn Mâze, *el-Muhîtu’l-burhânî*, VI, 78-79.

56 Zâhidî, Necmüddîn Muhtâr b. Mahmûd (ö. 658/1260), *Kunyetü’l-Münîye li-tetmîmi’l-gunye*, yy. ty, s. 134. Zâhidî ile ilgili bilgi için bk. Özen, Şükrü, “Zâhidî”, *DİA*, 44, 81-85.

57 el-Kuhîstânî, Şemseddîn Muhammed el-Horôsânî (ö. 965/1555), *Câmiu’r-rumûz şerhu muhtasari’l-Vikâye el-müsemmâ bi’n-Nükâye*, nşr. Kebîruddîn Ahmed, Kelemt: y.y., 1858, s. 349. İbn Âbidîn de bu görüşü itiraz etmeden “*Buğye*” [Konevî (ö. 770/1368) tarafından Kunye’nin meselelerinden seçilerek oluşturulan fetva kitabı] ve *Câmi’u’r-rumûz*’a nispet ederek vermiştir. Bununla birlikte, Allah’ın isimleri arasına atıf harfi konulması halinde yeminin taaddüt edeceğine dair mezhepte üzerinde ittifak olan görüşü zikretmek suretiyle naklettiği bu görüşe katılmadığını ima etmiştir.

58 Ömer Nasuhi Bilmen, Büyük İslam İlmihali kitabında bu görüşü İmam Muhammed’e nispet etmiş ve fetvaya layık olan görüşün bu olduğunu ifade etmiş, Hukûk-i İslâmiyye kitabında ise ilânın ve kefâretin taaddüdü bağlamında cumhurun benimsediği görüşü aktarmakla yetinmiştir. Bk. *Büyük İslam İlmihali*, s. 291; *Hukûk-i İslâmiyye*, II, 259.

59 Nitekim İmam Muhammed *el-Asl*’ın yemin ile ilgili bölümünün farklı yerlerinde “bir kimseye müteferrik

Yeminin taaddüdü ile ilgili yukarıda aktarılan bilgilere binaen, Hanefî fakihlerinin yemin kefâretinde tedâhül ilkesini tatbik etmedikleri sonucunu çıkartmak mümkündür. Oruç bozma kefâretinde tedâhül ilkesini tatbik eden Hanefîlerin, mükellefin diğer kefâretlere göre daha fazla karşılaştığı yemin meselesinde bu prensibi işletmemelerinin muhtemel iki nedeni vardır:

a. Öncelikle, kefâretlerde ukûbât tarafı olsa da –oruç kefâreti hariç- galip olan taraf ibadet tarafıdır. İbadetlerde ise -ukûbâtın aksine- ihtiyat gereği tedâhül ilkesi işletilmez.

b. Yemin, kendisiyle Allah adı tazim edildiği için mübah, bozulması da Allah'ın adının saygınlığı çığnendiği için mahzurlu kabul edilmiş ve yapılan hürmetsizliğe terettüp eden günahın affedilmesi için de kefâretin icap ettiği belirtilmiştir.⁶⁰ Müteaddit yeminin bozulması durumunda tedâhül ilkesine dayanarak tek bir kefâretin yeterli görülmesi, yapılan bir kısım hürmetsizliği göz ardı etmek anlamına gelir. Dolayısıyla işlenen her bir hürmetsizlik için ayrı bir kefâret vacip olur.

C. Hac ve Umrede Kefâretler

Hac ve umrede ihram yasaklarının ihlali sebebiyle icap eden; kefâret, fidye ve diğer cezaları, tedâhüle konu olması bakımından üç grupta değerlendirmek mümkündür:

a. İhramlı İken Avlanma Kefâreti

İhramlı bir kimsenin (muhrim) harem sınırları içinde müteaddit defa avlanması halinde avlandığı her bir hayvan için ayrı kefâretin⁶¹ gerekeceği hususunda

yeminlerinden dolayı iki ya da üç yemin kefâreti icap etse...” şeklinde bir ifadeler kullanmıştır. Müteferrik yeminlerin tedâhül edip tek bir kefâretin yeterli olacağına dair bir açıklama yapmadan meseleyi bu şekilde arz etmesi, onun bu hususta farklı bir görüşünün olmadığına işaret etmektedir. Bk. *el-Asl*, II, 283-284, 288. Şeyh Bedreddin, *et-Teshîl* adlı kitabında kefâretin tedâhül ettiği meselenin, yeminin tek, yemini bozmanın (hins «حنت») tekerrür etmesi hali olduğunu ifade eder. Söz gelimi “filan ve filan kimselerle konuşmayacağı”na dair yemin eden bir kimse, her ikisi ile de konuşsa tek bir kefâret yeterli olur. Buna mukabil yemin tekerrür etmişse tedahülden söz edilemez ve her bir yemin için ayrı bir kefâret öder. Bk. Şeyh Bedreddin, *et-Teshîl*, vr. 49^b.

60 İbn Mâze, *el-Muhîtu'l-burhânî*, VI, 79; Siğnâkî, *en-Nihâye*, I, vr. 404^a.

61 Kur'an'ı kerimde ihramlı için kefâret kelimesi yalnızca ihramlı iken avlanma durumu için kullanılmıştır. Bk. Mâide, 5/95. Bununla birlikte fakihler ihram ile ilgili olarak farklı ihlalleler için de “kefâret” kelimesini kullanmışlardır. Örnek olarak bk. Kâsânî, *Bedâ'i*, II, 76, V, 95; Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV, 254; el-Aynî, *el-Binâye*, IV, 63; el-Mekkî, Hüseyin b. Muhammed, *Hâşiyetü İrşâdi's-sârî ilâ Menâsiki Molla Ali el-Kârî*, nşr. Muhammed Talha Bilal, el-Mektebetü'l-İmdâdiyye, Mekke 2009, s. 431; Yaran, “Kefâret”, s. 181.

fakihler arasında görüş birliği vardır.⁶² Buna ilaveten Hanefî fakihleri, muhrim bir grubun bir hayvanı müştereken avlamaları halinde gruba dâhil olan her bir ferdin müstakil olarak kefâret ile sorumlu olacağı görüşünü benimseyerek bu hususta tedâhül ilkesini işletmemişlerdir.⁶³

b. Cinsel İlişki Fidyesi

İhramlının cezayı gerektirecek şekilde eşyle müteaddit defa cinsel ilişkide bulunması halinde tedâhülün geçerli olup olmayacağı hususunda fakihler arasında görüş ayrılığı vardır. Hanefî fakihleri, müteaddit cinsel ilişkinin aynı mekânda vuku bulması halinde, mekân birliğini sebeplerin tedâhülü için gerekçe saymışlar ve cezayı mücib olan sebebin taaddüdünün, cezanın taaddüdünü iktiza ettiği kural/kıyasını işletmeyerek istihsanen sadece bir cezanın terettüp edeceği görüşünü benimsemişlerdir.⁶⁴ Cinsel ilişkinin yaşandığı mekân taaddüt etmişse; İmam Muhammed ramazan ayında arada kefâret verilmeden müteaddit defa orucun bozulması halinde olduğu gibi, bu durumda da arada kefâret verilmemişse tek bir kefâretin yeterli olacağını söylemiştir. Buna mukabil Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf, kefâretin sebebi olan cinsel ilişkinin taaddüt etmesi ve tedâhülü mazur kılan mekân birliğinin de bulunmaması sebebiyle, her bir cinsel ilişki için ayrı bir kefâret gerekeceğine hükmetmişlerdir.⁶⁵

c. İhramlı İken İşlenen Diğer İhlallerle İlgili Fidyeler

İhramlı için avlanma ve cinsel ilişki dışında yasaklanmış bir takım fiiller daha vardır. Bu tür yasaklar iki başlık altında ele alınabilir:

i. İtlâf Cinsinden Olan Cinâyetler

Saç ve tırnak kesme bu ihlallere dâhildir. Hanefî fakihleri, ihramlının tek bir mecliste el ve ayak tırnaklarını kesmesi halinde, cezayı iktiza eden sebepler arasında tedâhülü kabul ederek sadece bir cezanın terettüp ettiği hususunda görüş birliği içindedirler. Bununla birlikte meclis birliği olmadığı takdirde, İmam Muhammed işlenen cinâyette cins birliğini dikkate alarak, tedâhül ilkesi gereği, mü-

62 Konu ile ilgili olarak bk. Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, II, 571; Kâsânî, *Bedâ'i*, II, 101, 139.

63 Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, II, 571-572; Serahsî, *el-Mebsût*, IV, 189-190; Kâsânî, *Bedâ'i*, II, 202; Zeylai, *Tebyîn*, II, 71; Molla Hüsrev, *ed-Dürer*, I, 246.

64 Cessâs, *Şerhu Muhtasar*, II, 552-553; Kâsânî, *Bedâ'i*, II, 217-218;

65 Cessâs, *Şerhu Muhtasar*, II, 552-553; Kâsânî, *Bedâ'i*, II, 217-218; Ali el-Kârî, *el-Meslekü'l-mütekassıt*, s. 183.

teaddit sebebin tek bir sebep gibi sayılması gerektiğini, buna bağılı olarak da tek bir cezanın yeteceğı görüşünü benimsemiştir. Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf ise meclisin taaddüdü ile cezanın da taaddüt edeceğine hükmetmişlerdir. Hanefî fakihleri, Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf adına bu hükmü şöyle gerekçelendirmiştir: Öncelikle sebepte tedâhül, meclis birliğinin bulunması halinde söz konusu olabilir. İkinci olarak, fidyede ibadet yönü ukûbât yönüne nispeten daha baskındır. Dolayısıyla ihtiyat gereğı tedâhüle başvurulamaz.⁶⁶

ii. İrtifâk Cinsinden Olan Cinâyetler

Muhrimin dikişli elbise giymesi, koku kullanması gibi ihlaller bu kapsama dâhildir. Bu türden ihlallerin tek bir mecliste yapılması halinde tek bir kefâretin kifâyet edeceğine hususunda Hanefî fakihleri arasında görüş birliği vardır. Farklı meclislerde olması durumunda ise bir önceki meselede olduğu gibi İmam Muhammed arada kefâret verilmemişse tek bir kefâretin yeteceğı görüşünü benimserken, Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf, meclis farklılığını tedâhüle engel görmüşler ve her bir ihlal için ayrı bir kefâretin gerekli olduğunu savunmuşlardır.⁶⁷

D. Zihâr Kefâreti

Zihâr kefâretinde iki durumda tedâhülden bahsedebilir:

i. Birden fazla karısı olan kimsenin, eşlerine hitaben “sizler bana annemin sırtı gibisiniz” şeklinde zihârı gerektirecek bir söz sarf etmesi: Bu durumda kefâretin tedâhül edip etmeyeceğı doktrinde tartışılmıştır. Hanefî fakihleri zihâr kefâretinde ilke olarak tedâhülü dikkate almayarak, bu şekilde bir söz sarf eden kişinin, karılarıyla ile evlilik hayatına geri dönebilmesi için ayrı ayrı kefâret vermesi gerektiğine hükmetmişlerdir.⁶⁸

ii. Tek karısı olan bir kimsenin, bir veya farklı meclislerde karısına zihârı gerektirecek bir söz sarf etmesi: Hanefî fakihleri yemin kefâretinde de olduğu gibi zihâr kefâretinde de tedâhülden söz edilemeyeceğini ifade etmişlerdir.⁶⁹

66 Kâsânî, *Bedâ'i*, II, 195; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, I, 502; Zeylai, *et-Tebyin*, II, 55.

67 Hanefî imamları arasında bu meselede ittifak ve ihtilaf edilen hususlar, muhrimin dikişli elbise giymesi hususunda da geçerlidir; İmam Muhammed arada kefâret verilmeden dikişli elbisenin sürekli giyilmesi halinde işlenen ihlalin tek bir cinsten olmasını dikkate alarak tedâhül ilkesini işletmiş ve tek bir kefâreti yeterli görmüş, giyilen elbisenin uyku vb. bir sebeple çıkartılması durumunda işlenen yasaktan dönme gibi bir niyet yoksa aynı hükmün geçerli olduğu ifade etmiştir. Kâsânî, *Bedâ'i*, II, 189-190; el-Mekki, *Hâşiyetü İrşâdî's-sâri*, s. 428, 430.

68 Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 226; Kâsânî, *Bedâ'i*, III, 234; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 229-230; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 230; Zeylai, *Tebyin*, III, 6.

69 Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 226; Kâsânî, *Bedâ'i*, III, 235; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 230-231.

Her iki durumda da görüldüğü üzere, Hanefî fakihleri zihâr kefâretinde tedâhül ilkesini işletmemişlerdir. Bu hükme gerekçe olarak, kefâretlerde baskın olan tarafın ibadet tarafı olduğu, ibadette de ihtiyatın esas alınması gerektiği kuralı zikredilebilir.

E. Hatâen Adam Öldürme Kefâreti

Hanefî fıkhî kitaplarında hatâen adam öldürme, fiilde ve kasıttaki hata şeklinde iki biçimde ele alınmıştır. Fiilde hata, av hayvanına ateş eden kimsenin bir insanı vurması, kasıttaki hata ise, düşman askeri sanarak ateş eden kimsenin bir mâsumu öldürmesi şeklinde tasvir edilmiştir.⁷⁰ Yani her iki durumda da ölen kişi genel itibarıyla bir ya da en fazla iki kişidir. Günümüzde hata ve taksir sebebiyle meydana gelen ve onlarca insanın ölümü ile sonuçlanan trafik kazaları dikkate alındığında, “hataen adam öldürme” kefâreti ile ilgili hükümlerin daha önemli bir hale geldiği anlaşılabilmektedir.

Hanefî fakihlerine göre öldürme kefâreti; hata ile öldürme ve kasta benzer öldürme (şibh-i amd) halinde söz konusu olur.⁷¹ Uykuda iken bir başkasının üzerine düşerek ölümüne sebep olma şeklindeki hata yerine geçen (ما أجزى مجرى الخطأ) öldürme de, kefâreti icap etmesi bakımından hatâen öldürme hükmündedir.⁷² Kasıtlı olarak öldürmede ise kefâret yoktur.⁷³ Hatâen adam öldürme kefâreti ile tedâhül arasındaki ilişkiyi şu iki şekilde düşünmek mümkündür:

- i. Tek bir kimsenin birden fazla insanı öldürmesi
- ii. Birden fazla insanın tek bir insanı öldürmesi

Hanefî fakihleri her iki durumda da katilin, ölümüne sebep olduğu her bir maktul için ayrı bir kefâret vermesinin vacip olduğu hususunda görüş birliği içindedir.⁷⁴ Hanefîler ve bu hususta onlar ile aynı görüşte olan fakihler nezdinde

70 Şeybânî, *el-Câmî'u's-sağîr*, s. 240; Şeybânî, *el-Asl*, VI, 547; Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, V, 402; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 26; Kâsânî, *Bedâ'î*, VII, 234; Merğînânî, *el-Hidâye*, X, 231; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV, 279; Bu hususta ayrıca bk. Bardakoğlu, Ali, “Katil”, *DİA*, XXV, 45-48.

71 Kâsânî, *Bedâ'î*, VII, 251; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 26; Merğînânî, *el-Hidâye*, X, 228-229; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV, 279.

72 Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 26; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV, 280; Zeylâi, *Tebyîn*, VI, 101.

73 Bu görüşün gerekçeleri için bk. Cessâs, Ebû Bekr Ahmed Ali (ö. 370/980), *Ahkâmü'l-Kur'ân*, Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, Beyrut 1994, II, 307-310; Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, V, 395-401; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 84-87; Merğînânî, *el-Hidâye*, X, 224-226; Zeylâi, *Tebyîn*, VI, 127-128.

74 Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 128; Kâsânî, *Bedâ'î*, II, 201-202; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV, 280. Vehbe Zuhaylî, *Mecma'u'l-fikhî'l-İslâmî ed-devlî'nin 14. Dönem toplantısında sunmuş olduğu tebliğinde Hanefî mezhebine göre hataen müteaddit sayıda insanın ölümüne sebep olan kimse için tek bir kefâretin yeterli oldu-*

hataen adam öldürmede tedâhül ilkesinin işletilmemesi, kefâretin bir insanın hayatını sona erdiren bir fiil neticesinde vâcip olması sebebiyledir. Hata ile de olsa yapılan fiilin bir insanın ölümüyle sonuçlanması, bu sebeple vacip olan kefârette hafifletici unsur olan tedâhülün işletilmesine mani olmuştur. Nitekim hataen adam öldürmede kefâreti emreden âyet-i kerimede üçüncü bir seçenek olarak “yedirme (it'âm)” seçeneğinin bulunmaması,⁷⁵ bu kefâretin diğer kefâretler gibi değerlendirilmediğini göstermektedir.⁷⁶ Dolayısıyla günümüzde de trafik kazası vb. bir sebeple müteaddit sayıda insanın ölümüne sebep olan kimsenin, ölen her bir kişi için ayrı bir kefâretle yükümlü olduğunu söylemek gerekir.⁷⁷

Tedâhül ile İlişkisi Bakımından Kefâretler İle İlgili Bir Değerlendirme

Hanefî mezhebine göre kefâretler, mahza Allah hakkı olarak meşru kılınmış, bir yönüyle ibadet diğer yönüyle de ukûbât özellikleri taşıyan haklardandır. Hâkim görüşe göre, oruç dışındaki kefâretlerde ibadet yönü ağır basmaktadır. Kefâretlerin bir yönüyle de olsa ukûbât özellikleri taşıması, ukûbatta genel bir ilke olarak tatbik edilen tedâhülün kefâretlerde de gözetilmesi neticesini doğurmuş, ukûbât unsurunun daha baskın olduğu orucu bozma kefâretinde bu ilke daha etkin bir şekilde uygulanmıştır. Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un, aynı Ramazan içinde arada kefâret vermeden müteaddit defa orucun bozulması halinde, tedâhül ilkesine binaen tek bir kefârete hükmederken, arada kefâret/ceza vermeden hacda müteaddit defa ihram yasağı işlenilmesi halinde cezaların taaddüt ettiğine hükmetmelerinin arkasında, oruç kefâretinde ukûbât, ihram yasaklarına terettüp eden cezalarda ise ibadet unsurunun baskın olduğu düşüncesi yatmaktadır.⁷⁸

ğu görüşünü nakletmiştir. Zuhaylî, Hanefîlerin bu meseleyi oruç kefâreti bağlamında ele aldıklarını ve hükmü tenfiz etmeden önce kefâretin sebebinin taaddüt etmesi halinde tek bir kefâretin yeterli olduğu görüşünde olduklarını ifade etmiştir. Kendisi de özellikle trafik kazalarının sıklıkla vuku bulduğu günümüzde bu görüşün alınmasının daha uygun olacağını söylemiştir. Bk. Zuhaylî, Mecelletü Mecma'î'l-fikhi'l-İslâmî ed-Devlî, Meş'uliyetü sâiki vesâilî'n-nakli'l-cemâi fi katli'l-hatai ve taaddüdi'l-keffâre, III, 73-74, 158. Zuhaylî Hanefîlerden naklettiği bu görüşü, hataen adam öldürme kefâretini onlardan nakledilen oruç bozma kefâretine kıyas ederek ortaya koymuştur. Ancak bu kıyas Hanefî fakihlerinin adam öldürme kefâretinin taaddüt edeceğine dair sarîh görüşlerine aykırıdır. Zuhaylî'nin Hanefîlere dayandırdığı ve katılımcıların da bundan hareketle yaptıkları yorumlar ve tartışmalar için bk. III, 149-150, 161, 175-177, 178-179.

75 Hatâen öldürme kefâretinde “yedirme” seçeneğinin bulunmaması Hanefî fakihlerinin görüşüdür. Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 67; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 282.

76 Serahsî, *el-Mebsût*, VII, 4;

77 Muhammed Ebû Zehra, trafik kazalarında şoförün ihmal ve taksiri ile doğru orantılı olarak ayrıca ta'zir cezasının verilmesi gerektiğini de ifade etmektedir. Bk. Ebû Zehra, Muhammed (ö. 1974), *el-Cerime ve'l-ukûbe fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Dâru'l-fikri'l-arabî, Kâhire, ty, s. 443.

78 Bu türden bir değerlendirme için bk. Cessâs, *Şerhu Muhtasar*, II, 553.

Hanefî fakihlerinin yemin kefareti ve hatâen adam öldürme kefaretinde tedâhül ilkesini işletmemeleri, bu iki kefaretin taşıdığı özel hususiyetlere meb-nidir. Yemin kefaretinin sebebi, Allah şahit tutularak bir şeyi yapma ya da yap-mama hususunda sarf edilen sözde durulmayarak Allah'ın ismine yapılan hür-metsizliktir. Bu sebeple bozulan her bir yemine Yüce Allah'ın ismine yapılan hürmetsizliğin doğurduğu kusuru kaldırmak için kefaretin taaddüt edeceği ilkesi benimsenmiştir. Hatâen adam öldürme kefaretinde ise kefaretin sebebi, masum bir insanın hayatına son veren bir fiili icra etmektir. Böyle bir fiilin sonucu ağır olduğu için cezada hafifletmenin bir vasıtası olan tedâhüle başvurulmamıştır. Di-ğher kefaretlerde ise özellikle kefarete sebep olan ihlalin tek cinsten olması halinde, sebepler tek bir sebep gibi kabul edilerek tek bir hükümlle iktifa edilmiştir. Hanefî imamları arasında kefaretlerde tedâhül ilkesini en fazla işleten İmam Muham-med olmuştur. O, özellikle de ihram yasakları hususunda işlenen ihlaller arasında kefaret verilmemesi şartıyla meclis birliğini şart koşmayarak tek bir kefaretin yer-terli olacağı görüşünü benimseyerek tedâhülü geniş bir şekilde işletmiştir.

IV. UKÛBATTÂ TEDÂHÛL

İslam hukukunda cezaî müeyyideler; cezanın Şârî' tarafından takdir edilip edilmemesine göre iki kısma ayrılmaktadır. Had (ç. Hudûd) diye bilinen cezalar, miktarı Şârî' tarafından belirlenmiş, unsurları oluştuktan sonra hâkimin değiştirme ve affetme yetkisinin bulunmadığı Allah hakkı olarak⁷⁹ yani kamu/toplum⁸⁰ menfaati için meşru kılınmış cezalardır.⁸¹ Had cezaları; zina, zina iftirası (kazf), hırsızlık, şarap içme ve yol kesme (hirâbe) hadleri olmak üzere beş kısımdır.⁸²

79 İslam hukukunda cezalar mahiyetine göre üçe ayrılmaktadır:

Mahza Allah hakkı olan cezalar: Kazf dışındaki had cezaları bu kapsama dâhildir

Allah ve kul hakkının içtima ettiği ancak Allah hakkının daha gâlib olduğu cezalar: Kazf (namus iftirası) cezası bu hakka örnektir

Allah ve kul hakkının içtima ettiği ancak kul hakkının daha gâlib olduğu cezalar: Kısâs bu hakkın örneğini teşkil etmektedir. Ayrıntılar için bk. Hâfizüddîn en-Nesefî, *Keşfü'l-esrâr*, II, 390-395; Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV, 230-231, 267.

80 Hanefî usûlcü Abdülaziz el-Buhârî, "Allah hakkı"ndan maksadı "Bütün âlemin faydası ve hakkına müte-allik olan, tek bir kişinin maslahatına nispet edilemeyen haklardır" şeklinde izah etmektedir. Bk. *Keşfü'l-esrâr*, IV, 230. Mahza Allah hakkı olan hadlerin toplum menfaatini temin etmedeki fonksiyonu ile ilgili olarak bk. Ebû Zehra, *el-Ukûbe*, s. 56, 59-60, 76.

81 «عقوبة مقدره وجبت حقا لله تعالى» Bk. Kâsânî, *Bedâ'i'*, VII, 55; Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, III, 451.

82 Kâdihân, *Fetâvâ*, III, 381. Hadlerin sayısı ve nelerden ibaret olduğu hususunda Hanefî fıkıh kitaplarında farklı ibarelere rastlanmaktadır. Örnek olarak Kâsânî, "hirâbe" yerine şarap dışındaki bir içki ile sarhoş olmanın haddi olarak "haddü's-sekr"i saymıştır. Bk. Kâsânî, *Bedâ'i'*, VII, 33, V, 113. *Nütef* yazarı es-Suğdı, hadleri; haddü'z-zina, haddü'l-livât, haddü'l-kazfî bi'z-zina, haddü'l-kazfî bi'l-livât, haddü şürbi'l-hamr, haddü şürbi'l-müskir ve haddü't-ta'zir şeklinde yedi tane olarak saymıştır. Bk. Suğdı, Ebu'l-Hasen Ali b.

Bu beş suçun ve kısasın dışında kalan suçlar için ta'zîr cezaları öngörölmüştür.⁸³ Ta'zîr cezaları; zamana, şahsa, mekâna ve topluma verdiği zarara vb. değışkenlere göre değışebilen ve takdir yetkisi kamu otoritesine bırakılan cezalardır.⁸⁴

Tedâhülün toplumsal anlamda en etkili hissedildiği alan ceza hukukudur. Aynı cinsten işlenen suçların tedâhülü (ictimâi) ilkesinin kabul edilmesi halinde tek bir ceza ile iktifa edilmesi ya da 'her bir suç için ayrı ceza verilir' ilkesinden hareketle, suçların tedâhül etmeyeceğini benimseyerek her bir suç için ayrı bir ceza verilmesi, hukukçular arasında kadim bir tartışma konusu olmuştur. Her bir suç için ayrı bir ceza vazedilmesi ve suçlunun işlediği her bir ihlal için ayrı bir cezaya çarptırılması hukukçular arasında genel bir ilke olarak kabul edilse de⁸⁵ çeşitli nedenlerle bu ilkedden istisnalara gidilebilmiştir. Bu hususu açıklamadan önce Hanefî fıkhında cezaların uygulanmasında dikkate alınan bazı ilkelere bahsetmek yerinde olacaktır.

1. Şüphesebebiyle hadlerin düşürölmesi: İslam Hukukçuları tarafından genel olarak benimsenen bu ilkeye göre, cezanın verilebilmesi için suç unsurlarının tam olarak gerçekleşmesi beklenir. Bu unsurlardan birinin oluşup oluşmadığı husu-

Hüseyn (ö. 461/1068), *en-Nütef fi'l-fetâvâ*, nşr. Salâhüddin en-Nâhi, Dâru'l-Furkân, Ammân, 1984, II, 630. İbn Nüceym ise "hirâbe" haddini zikretmeyerek, hadlerin dört tane olduğunu ifade etmiş, "haddü's-sekr"i "haddü's-şü'rb"ten ayrı bir had olarak zikreden Kâsânî'yi ikisi arasında sebep açısından fark olsa da kemiyet ve keyfiyet açısından bir fark olmadığını, dolayısıyla "haddü's-sekr"i ayrı bir had olarak saymanın yersiz olduğunu söyleyerek tenkit etmiştir. Bk. İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, V, 4. Konu hakkında ayrıca bk. Behnesi, Ahmed Fethî, *el-Ukûbe fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Dâru's-Şurûk, Kâhire 1983, s. 124; Ebû Zehra, *el-Ukûbe*, s. 76-77; Bardakoğlu, Ali, "Had", *DİA*, s. 548-549.

83 Bk. Şeybânî, Muhammed b. Hasen, *el-Câmi'us-sağîr*, nşr. Muhammed Boynukalın, Dâru İbn Hazm, Beyrut 2011, s. 148.

84 Ta'zîr cezalarının miktarı için bk. Şeybânî, *el-Câmi'us-sağîr*, s. 149, 151, 152; Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 71, XXIV, 36; el-Mâverdi, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed (ö. 450/1058), *el-Ahkâmü's-sultâniyye ve'l-velâyetü'd-diniyye*, Dâru'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut, ty, s. 293-297; Merğînânî, *el-Hidâye*, V, 231-233; İbn Mâze, *el-Muhîtu'l-burhânî*, VI, 479; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 478, 492, 495; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, V, 333-336; Behnesi, *el-Ukûbe*, s. 135-137; Ebû Zehra, *el-Ukûbe*, s. 69-71. Ta'zîr cezalarının Osmanlı Devleti'ndeki yeri, takdiri ve dayandığı esasları için bk. Cin, Halil - Akgündüz, Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 1995, I, 325-330.

85 Behnesi, *Nazariyyât fi'l-fikhi'l-cinâi'l-İslâmî dirâse fıkhiyye mukarene*, Dâru's-Şurûk, Kâhire 1988, s. 121. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 11.06.2013 tarihli 296 sayılı kararında Yeni Türk Ceza sisteminde tedâhül (içtima) ilkesinin istisna kabilinden olarak yer aldığını şöyle ifade etmiştir: "Yeni Türk Ceza Adalet Sisteminde 'kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza' kuralı geçerlidir. Ancak suç ve cezada orantılılık ilkesi uyarınca bu kuralın, bileşik suç (TCK m. 42), zincirleme suç (TCK m. 43/1) ve fikri içtima (TCK m. 44) dan ibaret olmak üzere üç ayrı istisnası kabul edilmiştir. Bk. <http://web.e-baro.web.tr> (erişim. 04.02.2017)

sundaki tereddüt sanık lehine yorumlanır ve had cezası uygulanmaz.⁸⁶ Bu prensip Hz. Peygamber'in konu hakkındaki sözlü ve fiili sünnetine dayanmaktadır.⁸⁷

2. Caydırıcılığın tek bir ceza ile gerçekleşeceğini prensip olarak kabul edilmesi: Bilindiği gibi cezada aranan ilkelerden birisi de caydırıcılıktır. Arada ceza verilmeden aynı suçun tekrür etmesi halinde öngörülen tek bir ceza ile bu ilkenin gerçekleştiği kabul edilmektedir. Örneğin arada cezaya çarptırılmadan birden fazla zina eden bekâr bir şahsa verilecek tek bir cezanın, gerek o şahsı gerekse aynı suçu işlemeyi düşünen diğer insanları, zina fiilini tekrar işlemekten alıkoyacağı tasavvur edilir. Bu nedenle tek bir ceza ile iktifa edilir.⁸⁸

Ceza hukukunda tedâhül konusunu “hadlerde tedâhül” ve “ta‘zîr cezalarında tedâhül” şeklinde iki başlık altında incelemek mümkündür:

A. Hadlerde Tedâhül

Hanefî mezhebinde genel bir ilke olarak hadlerde tedâhülün cari olduğu söylenebilir.⁸⁹ İmam Muhammed bu hükmü doğrulayacak şekilde şöyle demektedir: “Bir kimse, defaatle namus iftirası atsa, zina etse, hırsızlık yapsa veya şarap içse tek bir hadle cezalandırılır. Verilen ceza aynı cinsten işlenen tüm ihlaller için yeterli olur.”⁹⁰ Kâsânî (ö. 587/1192) ise bu anlayışı küllî bir kaide şeklinde formüle ederek: “Hadlerin sebepleri içtima edip işlenen suç tek bir cinsten olursa tek bir had ile iktifa edilir”⁹¹ şeklinde ifade etmiştir

Ukûbât (ceza hukukunda) geçerli olan tedâhül, hükümde tedahüldür. Bu sebeple cezanın tatbikinden önce ictimâ eden ihlallerde tek bir ceza yeterli olurken,

86 Şeybânî, *el-Câmi‘u’s-sağîr*, s. 147; Şeybânî, *el-Asl*, V, 47; Kâsânî, *Bedâ‘î*, VII, 34; Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, III, 453-454, 469; Ebû Zehra, *el-Ukûbe*, s. 178- 201.

87 Bu konuda hadis kitaplarında gerek Hz. Peygamber'in gerekse râşid halifeler başta olmak üzere sahabenin ceza tatbik etme anlayışlarını yansıtan zengin bir veri tabanı bulunmaktadır. Örnek olarak bk. İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, IX, 566-569. Tâbiûn alimlerinin büyüklerinden İbrahim en-Nehaî'nin sahabenin bu husustaki yaklaşımını anlatması bakımından “Onlar (sahabe) Allah'ın kullarından gücünüz yettiği kadar hadleri def edin’ derlerdi” şeklindeki ifadesini burada zikretmek gerekir. İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, IX, 567 (29088 nolu rivâyet).

88 Bu konudaki değerlendirmeler için bk. İbn Mâze, *el-Muhîtü'l-burhânî*, VII, 47; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, V, 325.

89 «لأن مبنی الحدود على التداخل» bk. Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 71, Bâbertî, *el-İnâye*, V, 401. Konu hakkında ayrıca bk. Ebû Zehra, *el-Ukûbe*, s. 230-231.

90 Şeybânî, *el-Câmi‘u’s-sağîr*, s. 151. El-Asl adlı kitabında ise hadlerde tedâhülün bir ilke olarak kabul edildiğini ifade edecek şekilde şöyle der: “Bir kişi için iki had cezası içtima ettiğinde imam imkân nispetinde birini def edebiliyorsa bunu yapar (إذا اجتمع حدان ما استطاع الإمام أن يدرأ أحدهما فعلاً) Bk. *el-Asl*, V, 47

91 «أن أسباب الحدود إذا اجتمعت وأنها من جنس واحد يكتفى بحد واحد» bk. Kâsânî, *Bedâ‘î*, VII, 85. Benzer değerlendirmeler için bk. İbn Mâze, *el-Muhîtü'l-burhânî*, VII, 47.

cezânın tatbikinden sonra işlenen ihlaller yeni bir cezayı gerektirir. Dolayısıyla aşâğıda hadlerle ilgili yapılacak açıklamalarda bu hususun göz ardı edilmemesi icap etmektedir.

Hadlerde tedâhül ile ilgili hükümleri, tek bir haddi gerektiren suçların ictimâi ve ayrı hadleri gerektiren suçların içtimâi şeklinde ele alabiliriz.

1. Tek Bir Haddi Gerektiren Suçların İctimâi Halinde Tedâhül

a. Zinâ Haddi

Zina fiili için İslam hukukunda öngörülen ceza bekâr ve evli (muhsan⁹²)ye göre değişmektedir. Evli bir insanın zina yaptığının sabit olması halinde⁹³ öngörülen ceza hâkim kanaate göre recmdir.⁹⁴ Bekâr bir kimsenin zina yapması halinde ise 100 sopa (celde) vurulması hususunda fakihler arasında ittifak vardır.⁹⁵ Buna ilaveten evli zâniye recm ile birlikte celde vurulması, bekâr zâninin de bir yıllığına sürgüne gönderilmesi doktrinde tartışılmıştır. Hanefiler recme ilaveten celde ve celdeye ilaveten sürgün cezasını had kapsamında değerlendirmemişler, ta'zîr olarak yorumlamışlardır.⁹⁶ Zina haddi, kamu menfaati (Allah hakkı) gözetilerek meşru kılınmış bir had olduğu için tedâhülün işletildiği bir cezadır. Bu ilkedden hareketle Hanefî fakihleri, defaatle zina suçunu irtikâp etmiş bir kişinin tek bir had ile cezalandırılmasını yeterli görmüşlerdir.⁹⁷ Bu hükmün devamı sayılan meselelerden biri de şudur: Zina suçunun önce bekâr, ardından da muhsan olarak

92 Muhsan sayılmanın şartları için bk. Şeybânî, *el-Asl*, VII, 144; Cessâs, *Şerhu Muhtasarî't-Tahâvî*, VI, 151; Kâsânî, *Bedâ'î*, VII, 37. Serahsî, muhsan olmanın şartlarının temelinde; tarafların Müslüman olması ve zina suçunu irtikâp etmeden önce dinen geçerli bir nikâhla cinsel birliktelik yaşamış olmaları şeklinde iki şartının olduğunu ifade eder. Ona göre akıllı ve ergen olmak, muhsan sayılmak için özel şartlar olmayıp, genelde cezâi ehliyet için aranan şartlardandır. Hürriyet şartı ise cezayı tam olarak tatbik edebilmenin şartıdır. Bk. *el-Mebsût*, IX, 39.

93 Zina suçunun ispatı için bk. Merğînânî, *el-Hidâye*, V, 196-208; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 453-456, 459-464;

94 Fıkıh tarihinde Hâricîlerin Ezârika fırkasının recm cezasını reddettiği bilinmektedir. Muasır fakihlerden Muhammed Ebû Zehra (ö. 1394/1974) *el-Ukûbe* adlı kitabında Hâricîlerin ve bu cezayı vahşice gören Hıristiyan müsteşriklerin görüşlerini çürütmüş (Bk. *el-Ukûbe*, s. 93-95) ancak kendisi 1972 yılında Libya'da düzenlenen bir kongrede recmin Hz. Peygamber tarafından uygulanan bir ceza olmadığını savunarak bu cezayı İslâmî görmediğini ifade etmiştir. Bu görüşün yanında Mustafa Ahmed Zerkâ ve Yûsuf Karadâvî gibi fakihler Hz. Peygamber'in recmi bir had cezası olarak değil ta'zîr cezası olarak tatbik ettiğini ifade ederek bu cezayı ta'zîr kapsamında değerlendirmişlerdir. Bk. Zerkâ, Mustafa Ahmed, *Fetâvâ*, Dâru'l-kalem, Dımaşk, 2010, s. 391-395.

95 Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 36; Kâsânî, *Bedâ'î*, VII, 34; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 466, 472;

96 Şeybânî, *el-Asl*, VII, 145-146; Cessâs, *Şerhu Muhtasarî't-Tahâvî*, VI, 146-150; Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 37; Merğînânî, *el-Hidâye* (Bâbertî, *el-İnâye*, İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*), V, 228-233; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 476-477.

97 Şeybânî, *el-Asl*, VII, 188; Kâsânî, *Bedâ'î*, I, 81, VII, 56; Merğînânî, *el-Hidâye*, V, 326-327.

irtikâp edilmesi halinde, biri celde diğeri ise recm şeklinde iki ceza terettüp etmektedir. Bu durumda Hanefî fakihleri sadece recm cezası ile iktifa edileceğine hükmederek tedâhül ilkesini bu durumda da işletmişlerdir.⁹⁸

b. Kazf Haddi

İffetli bir kimseye zina iftirasında bulunmak anlamına gelen kazfın cezası 80 sopa (celde)dır.⁹⁹ Kazf haddi, Allah hakkının galip olduğu haklardanır.¹⁰⁰ İftiraya uğrayan iffetli kimseden ithamı savmak amacına matuf olması, kul hakkının olduğuna delil sayılmış, diğer insanları aynı suçu işlemekten caydırmak ve alıkoy-mak amacına matuf olması da Allah hakkı, yani kamu/toplum hakkı olduğuna gerekçe görülmüştür. Mağdurun, dâva açmadan vefat etmesi halinde dava hakkının varislerine intikal etmemesi, zaman aşımı ile düşmemesi ve mağdurun affetmesi halinde iftira atanın cezasız bırakılmaması gibi hükümler¹⁰¹ bu hadde Allah hakkının daha galip olduğunu göstermektedir. Bu hükmün bir başka delili de kazf suçunun ictimâi halinde tedâhül ilkesinin cari olmasıdır.¹⁰² Hanefî fakihleri bu ilkeden hareketle, tek bir kişiye defaatle ya da müteaddit kişiye tek bir kelimeyle veya ayrı ayrı kelimelerle zina iftirası atan kişiye tek bir had vurulacağı görüşünü benimsemişlerdir.¹⁰³ Bu görüş, uygulanacak tek bir had ile bir taraftan kul hakkı olan ithamın savulduğu ve mağdurun temize çıkarıldığı, diğer taraftan da kamu hakkı olan caydırıcılığın sağlandığı, dolayısıyla haddin tekrarının yeni bir fayda getirmeyeceği gerekçeleri ile savunulmuştur.¹⁰⁴

c. Hırsızlık Haddi

Hırsızlık haddi, mahza Allah hakkı sayılmaktadır. Buna bağlı olarak hırsızlık haddinde bu cinsten suçların ictimâi halinde tedâhül ilkesi işletilerek sadece bir

98 Bk. Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 552; Zeylaî, *Tebyîn*, V, 43, Ebû Zehra, *el-Ukûbe*, s. 241.

99 En-Nûr, 24/4.

100 Hanefî mezhebinde hâkim kanaat olmakla birlikte Sadriü'l-İslâm Ebü'l-Yüsr el-Pezdevî (ö. 493/1100), kazf haddinde kul hakkının daha gâlip olduğu görüşünü benimsemiştir. Bk. İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, V, 313-314.

101 Kâsânî, *Bedâ'î*, VII, 56, VII, 46; Merğînânî, *el-Hidâye (Fethu'l-Kadir ve ile birlikte)* V, 312-314; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 502-503.

102 Merğînânî, *el-Hidâye*, V, 313; Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV, 267.

103 Şeybânî, *el-Asl*, V, 47; Cessâs, Şerhu Muhtasarî't-Tahâvî, VI, 225-227. Bu görüşün bir devamı olarak kazf haddi uygulanan iftiracı, yetmiş dokuzuncu celdede bir başkasına daha zina iftirası atsa, tedâhül burada da işletilerek celdenin seksene tamamlanacağı yeni bir had vurulmayacağı ifade edilmiştir. Bk. Serahsî, *el-Mebûsât*, IX, 71, 111 165; Kâsânî, *Bedâ'î*, VII, 56; Merğînânî, *el-Hidâye (Fethu'l-Kadir ve ile birlikte)* V, 324-326; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 504-505; Ebû Zehra, *el-Ukûbe*, s. 237-238.

104 Kâsânî, *Bedâ'î*, VII, 56.

ceza ile iktifa edilir.¹⁰⁵ Dolayısıyla bir kimse birden fazla hırsızlık yapsa sadece bir eli kesilir ve bunun dışında malî bir tazminle sorumlu olmaz.¹⁰⁶ Bu hükmün icrası noktasında hırsızlık mağdurunun tek ya da birden fazla kişi olması arasında fark yoktur.¹⁰⁷ Bilindiği üzere hırsızlık suçunu irtikâp eden kişi, bu suçu işlerken müstakil olarak ele alındığında ta'zîr cezasını gerektirecek suçları da işlemektedir. Örneğin, hırsızlık maksadıyla bir eve giren kimse, çalma suçunun yanında, bir başkasına ait olan eve izinsiz olarak girme ve buna bağlı olarak da ev sahibi ve mahalle sakinlerinin korku ve endişeye kapılmaları gibi ihlalleri de yapmış olmaktadır. Bununla birlikte Şârî' hırsızlık suçunun meydana gelmesinde bağımsız birer karakter olmayan bu unsurları ayrı ayrı cezalandırmak yerine tek bir ceza ile yetinmiştir. Bu da suçlar arasında bir nevi tedâhüle riâyet edildiğini göstermektedir.

d. Şarap İçme Haddi

Şarap içme haddi, Sünnet ve icmâ ile sabittir.¹⁰⁸ Bu had geçmişe yönelik olarak şahit ile ispatı geçerli olmayan bir haddedir. İspatı şarap kokusunun bekasıyla sınırlı tutulmuş, zaman aşımı ile düştüğü kabul edilmiştir.¹⁰⁹ Bununla birlikte İmam Muhammed, haddin tatbik edilebilmesi için içki kokusunun bekasını şart koşmadığı için suçlunun geçmişe yönelik olarak bu haddi gerektirecek ihlalleri ikrar etmesi halinde, bir ay öncesine kadar ki ikrarının geçerli olduğunu söylemiştir. Ona göre bu kişi ikrarından rücu etmediği takdirde tedâhül ilkesi işletilerek kendisine tek bir had uygulanır.¹¹⁰

105 Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 177; Kâsânî, *Bedâ'î*, VII, 85; Merğînânî, *el-Hidâye*, (Bâbertî, *el-İnâye*, İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*), V, 401.

106 Hanefî imamları arasında hırsızlık mağdurlarının bir kısmının dâva edip, diğerlerinin dava esnasında hâzır bulunmamları halinde hazır bulunmayanlar için tazminata hükmedilmesinin hükmü hakkında görüş ayrılığı vardır. Hırsızın çaldığı mal, hala elinde olup tükenmemiş ise sahibine iade edileceği hususunda ise bir ihtilaf yoktur. Konu hakkında bk. Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 177; Kâsânî, *Bedâ'î*, VII, 85; Merğînânî, *el-Hidâye*, V, 398-399; Molla Hüsrev, *Dürer*, II, 83-84; Ebû Zehra, *el-Ukûbe*, s. 232-233.

107 Kâsânî, *Bedâ'î*, VII, 56; Bâbertî, *el-İnâye*, V, 401.

108 Müslim, "Hudûd", 35-38; Ebû Dâvûd, "Hudûd", 36; Tirmizî, "Hudûd", 14; İbn Mâce, "Hudûd", 17. Şarap içme haddinin meşruiyeti için bk. Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 505-506; Zeylaî, *Tebyin*, III, 195-196; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, V, 285-289. Kâsânî ve Zeylaî, şarap içme haddinin 80 sopa (celde) olarak takdirinin sünnetle değil, sahabe'nin icmâ'i ile sabit olduğuna özellikle vurgu yapmıştır. Bk. *Bedâ'î*, V, 113, VII, 51; Zeylaî, *Tebyin*, III, 197. İmam Muhammed de bir kimsenin had gerektiren muhtelif suçları irtikap etmesi halinde haddü's-şûrb'ün en son tatbik edilmesini izah ederken bu haddin, Allah'ın Kitabı ve Hz. Peygamber'in sünneti ile değil Müslümanların icmâ'i ile sabit olduğunu ifade ederek sonraki fakihlere bu konuda öncülük yapmıştır. Bk. Şeybânî, *el-Asl*, VII, 200.

109 Merğînânî, *el-Hidâye*, V, 287; Zeylaî, *Tebyin*, III, 196; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 506.

110 Merğînânî, *el-Hidâye*, (Bâbertî, *el-İnâye*, İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*), V, 286-289; Zeylaî, *Tebyin*, III, 197.

e. *Hirâbe Haddi*

Allah hakkı (kamu/toplum menfaati) olarak sabit olan hadlerden birisi olan hirâbe haddi, yol keserek eşkıyalık yapmak suretiyle insanları korkutan, mallarına ve canlarına karşı mütecaviz hareketlere girişen kişiler hakkında meşru kılınmış bir cezadır. Hirâbe suçu, içinde birden fazla ihlali barındırabildiği için ceza, verilen zarara göre ağırlaştırılır.¹¹¹ Hirâbe haddi, huzuruna çıkartılmaları halinde hâkimin ya da mağdur yakınlarının affetme yetkisinin bulunmadığı bir hak olup, kısas cezasından ayırt edilmesi için had tabiri ile anılmıştır.¹¹² Bu tür bir faaliyette bulunan şahıs ya da şahıslar, yolunu kestiği kimselerin canlarına kastetmeden mallarını almakla yetinir iseler suçlarının ictimâi halinde tedâhül ilkesine binaen tek bir had cezasına çarptırılırlar.¹¹³

2. Farklı Hadleri Gerektiren Suçların İctimâi Halinde Tedâhül

Hanefî mezhebinde aynı cinsten bir suçu defaatle işleyen kimsenin işlediği suçlar arasında tedâhülün bir ilke olarak kabul edildiğini yukarıda ifade etmiştik. Suçların, farklı hadleri iktiza edecek şekilde çeşitlenmesi halinde ise tedâhül ilkesi işletilmeyerek, ilke olarak her bir suça ayrı bir ceza verilir. Örneğin bir kimse, zina etse, hırsızlık yapsa, bir başkasına zina iftirası atsa ve şarap içse, suçlar arasında tedâhüle gidilmez ve fail her suçtan ayrı ayrı cezalandırılır. Hanefî fakihleri bu durumda tedâhüle başvurulmama gerekçesini; irtikâp edilen her bir suç ile zaruret-i hamse denilen unsurlardan farklı maslahatların ihlal edilmiş olması ile açıklarlar. Zira zina haddi, nesli; kazf haddi insan onurunu; hırsızlık haddi malı ve şarap içme haddi/sarhoş olma haddi de akli korumak için vazedilmiştir.¹¹⁴

Farklı suçları irtikâp etmiş bir kimseye verilecek ceza, irtikâp edilen suçlar arasında ölüm cezasını iktiza eden bir suçun bulunup bulunmamasına göre değişir.

a. *İctima Eden Suçların İçinde Ölüm Cezasını Gerektiren Bir Suçun Bulunmaması*

İçinde ölüm cezasını gerektirecek bir suçun bulunmadığı farklı cinsten suçların içtimâi halinde, her bir suç ayrı ayrı değerlendirilerek her biri için ayrı bir

111 Yollarını kestikleri kimselerin mallarına ve canlarına dokunmadan korkutmakla yetinmişler, hâkim onları hapseder. Canlarına taarruz etmeden sadece mallarını almışsalar, elleri ve ayakları (sağ el, sol ayak) çaprazlama olarak kesilir. Mallarına dokunmadan öldürmüşlerse had cezası olarak öldürülürler, hem mallarını almış hem de öldürmüşlerse hâkim, dilerse el ve ayaklarını çaprazlama olarak kestikten sonra onları asarak ya da kılıçla öldürür. Konu hakkında Hanefî imamlarımızın detaylardaki ihtilafları için bk. Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, VI, 335-343; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 549-551.

112 Merğînânî, *el-Hidâye*, V, 408; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 549-550.

113 Kâsânî, *Bedâ'î*, VII, 95; Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye*, III, 302.

114 Merğînânî, *el-Hidâye*, (Bâbertî, *el-'Înâye*, İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*), V, 326-327.

ceza verilir. Örnek olarak, bir kimsenin, zina ettiği, hırsızlık yaptığı, bir başkasına zina iftirası attığı ve birinin gözünü çıkarttığı ispatlanırsa, farklı cezaları iktiza edecek şekilde suçların içtimâi söz konusudur. Böyle bir durumda ceza verilirken Hanefî mezhebinde kural olarak mahza kul hakkı, kul hakkının galip olduğu hak ve mahza Allah hakkı şeklinde bir sıralama takip edilir. Buna binaen öncelikle kısas gereği gözü çıkartılır. İyileştikten sonra kazf haddi tatbik edilir. İyileştikten sonra hâkim dilerse önce (suçlunun muhsan olmaması halinde) zina haddini uygular, dilerse hırsızlık haddini tatbik eder. Son olarak delil bakımından en zayıf had olan şarap içme haddini uygular.¹¹⁵

b. İçtimâ Eden Suçların İçinde Ölüm Cezasını Gerektiren Bir Suçun Bulunması

İçinde ölüm cezasının vazedildiği müteaddit suçları irtikâp etmiş bir kişi cezalandırılırken mahza Allah hakkı olan hadler arasında tedâhül ilkesi gözetilerek, en ağır ceza olan ölüm cezası ile iktifa edilir. Kul haklarında ise tedâhül cari olmaz. Buna göre yukarıdaki örnekte zina eden kişinin muhsan olması halinde ceza verirken şöyle bir yol takip edilir: Kısas olarak suçlunun gözü çıkartılır, kazf haddi tatbik edilir ve zina suçuna karşılık olarak recm edilir. Hırsızlık¹¹⁶ ve şarap içme cezası sırf Allah hakkı olan hadlerden olduğu için tatbik edilmez.¹¹⁷ Bu cezalar ölüm cezası içerisinde erir.

Hanefî imamları arasında hirâbe haddi bağlamında görünürde bu ilkenin dışına çıkıldığı varsayılan bir mesele vardır. Şöyle ki: Bu suçu irtikâp etmiş bir kimse/ler (muhârib), yolunu kestiği insanın malını almış ve öldürmüş iseler; içinde ölüm cezası olan birkaç suçu işlemiş olurlar. Yukarıda yer verilen ilkeye göre hirâbe haddi içinde yer verilen el ve ayağın çaprazlama kesilmesi cezasını tatbik etmeden ölüm cezası verilmesi icap etmektedir. Nitekim İmam Muhammed bu kanaattedir. Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf ise hirâbe haddini, -içinde irtikâp edilen suçun niteliğine göre farklı cezaları ihtiva etmiş olsa da- tek bir had olarak telakki

115 Şeybânî, *el-Asl*, VII, 200-201; Merğînânî, *el-Hidâye*, (Bâbertî, *el-İnâye*, İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*), V, 326-327; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, V, 67; Behnesî, *el-Hudûd fi'l-İslâm*, Müessesetü'l-matbûaâtî'l-hadîse, Kâhire 2003, s. 45-47.

116 İmam Muhammed bu durumda hırsızlık haddinin düşeceğini ancak çalınan malın tazmin ettirileceğini ilave etmiştir. Bk. Şeybânî, *el-Asl*, VII, 200.

117 «ومتى اجتمعت الحدود لحق الله وفيها قتل نفس قتل وترك ما سوى ذلك» Bk. Merğînânî, *el-Hidâye*, (Bâbertî, *el-İnâye*, İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*), V, 409-410; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 552; Zeylâî, *Tebyîn*, V, 43; Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye*, III, 302. Arap âleminde modern ceza kanunlarında kendisi ile birlikte diğer cezaların uygulanmasını imkânsız kılan cezanın uygulanması ile iktifa edilmesine “nazariyyet'l-cebb” denilmektedir. Bu nazariye yukarıdaki örnekte olduğu üzere yalnızca ölüm cezasının içinde bulunduğu suçların taaddüdü halinde tasavvur edilebilir. Üdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâi*, I, 749-751.

etmiş ve ‘tek bir had içinde tedâhül olmaz’ ilkesine binaen el ve ayağın çaprazlama kesilmesi cezasının ölüm cezasından önce tatbik edilmesini gerekli görmüşlerdir.¹¹⁸

Hanefî mezhebinin farklı cinslerden suçların içtimâi halinde ortaya koydukları yaklaşımı maddeler halinde şöyle özetleyebiliriz:

a. Kul hakkına müteallik hadlerde cezalar arasında tedâhüle gidilmez ve her bir suç ayrı ayrı cezalandırılır.

b. Suçların içtimâi halinde içinde ölüm cezasını iktiza eden bir suç varsa, kul hakkına müteallik suçlar ayrı ayrı cezalandırılır, Allah hakkına müteallik suçların cezaları ise kendi içinde tedâhüle tabi kılınarak ölüm cezası ile iktifa edilir.

c. Hirâbe haddinde işlenen suçların tamamı tek bir had gibi değerlendirilerek tedâhüle tabi kılınmaz.

Bu özellikleriyle Hanefî mezhebinde müteaddit suçlara uygulanacak cezalarda karma bir yaklaşımın izlendiğini söylemek mümkündür.¹¹⁹

B. Kısas Suçları Arasında Tedâhül

Kısas, kasten adam öldürme (kısâs fi'n-nefs)¹²⁰ veya yaralama (kısâs fimâ düne'n-nefs) neticesinde faile irtikâp ettiği suça denk cezanın verilmesidir. Kısas cezaları, kul (şahsî) hakkının daha baskın olduğu, Allah (kamu/toplum) ve kul hakkının içtima ettiği haklardandır. Tevarüsün cari olması, mağdurun affetmesi ile düşmesi, cezayı tatbik etme salahiyetinin mağdur yakınlarına verilebilmesi ve kısas yerine sulh imkânı bulunması, bu hakta kul hakkının daha baskın ol-

118 Kâsânî, *Bedâ'î*, VII, 93; Merğînânî, *el-Hidâye*, V, 409; Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, III, 552. Bu görüş bağlamında Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'tan nakledilen farklı rivayetler için bk. Cessâs, *Şerhu Muhtasarî't-Tahâvî*, VI, 340-342.

119 Behnesî, bu konuda hâkim iki yaklaşım ile bu iki yaklaşımdan istifade edilerek oluşturulmuş üçüncü bir yaklaşımdan daha bahsetmektedir. İngiliz ceza hukukunun esas aldığı birinci yaklaşıma göre her biri müstakil birer suç sayılan ihlallerin içtimâi halinde, her bir suç için vaz edilmiş cezalar müstakil olarak ayrı ayrı tatbik edilir. Bu sisteme ‘cezaların toplanması sistemi’ denilmektedir. Fransa ceza hukukunun benimsediği, ‘erime sistemi’ diye bilinen ikinci yaklaşıma göre ise bu durumda müteaddit suçlardan en ağır cezayı öngören suçun cezası tatbik edilerek diğer cezalar uygulanmaz. Mısır Ceza Hukukunun benimsediği ‘cezaların artırılması sistemi’ adıyla bilinen ve Alman Ceza Kanunu’nda uygulanan üçüncü yaklaşıma göre ise suçlar için bir üst sınır ve alt sınır belirlenir ve müteaddit suçların irtikâp edilmesi halinde verilecek ceza bu üst sınırı aşmaz. Bk. Behnesî, *Nazariyyât*, s. 120-121; Benzer bir taksim ve değerlendirmeler için bk. *Türk Hukuk Lügati*, “içtimâ” md., s. 143; İçel, Kayhan, “Fikri İçtima Üzerine Bir İnceleme”, <http://www.egejfas.org/download/article-file/96507> (erişim. 03.02.2017), s. 176; Doğan, “Türk Ceza Hukukunda Cezaların İçtimâ Kurumunun Düzenlenmesi Gerektiği Üzerine”, *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara, 2013/3, s. 86-104, s. 89-91; Erturhan, Sabri, *İslam Ceza Hukukunda İçtima, Rağbet Yayınları*, İstanbul 2003, s. 54-59.

120 Öldürmenin amden katl sayılablmesinin unsurları için bk. Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, IV, 271-272.

duğunun gerekçeleri arasında sayılmıştır.¹²¹ Kul haklarında tedâhülün olmadığı kuralına binaen, kısas cezalarında prensip itibarıyla tedâhül ilkesinin işletilme-yeceği söylenebilir. Bununla birlikte istisna kabilinden olarak, cinayetler arasında tedâhül ilkesini uygulamak suretiyle, birkaç cinayetin yalnız bir cinayet gibi sayılıp bunlardan yalnız birinin kısas veya diyet gibi bir ceza ile iktifa edildiği bazı durumlar bulunmaktadır. Örnek olarak:

1. Bir kimse, birden fazla insanı öldürse kısasın tecezzi (bölünme) kabul etmediği ilkesinden hareketle katil öldürdüğü kişilerin tamamı karşılığında kısas edilir, bunun ötesinde diyet vermesi gerekmez.¹²²

2. Bir kimse, başka bir insanın kasıtlı olarak elini koparsa ve henüz iyileşmeden önce bu insanı öldürse, bu durumda aynı kişiye karşı irtikâp ettiği iki suçun tedâhül edip etmeyeceği Hanefî imamları arasında tartışılmıştır. Ebû Hanîfe'ye göre bu durumda maktul yakınları; katilin önce elinin kesilmesini ardından da öldürülmesini isteme hakkına sahiptir. Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed bu durumda iki cezanın tedâhül ettiğini ve el kesme cezasının öldürme cezası içinde eridiğini kabul etmektedirler.¹²³

3. Bir kimse hatâen bir başkasının elini koparsa ve henüz iyileşmeden hatâen öldürse bu durumda diyetler tedâhül ederek, koparmış olduğu el için ayrı bir diyet ödemesi gerekmez.¹²⁴

C. Ta'zîr Suçları Arasında Tedâhül

Daha önce ifade edildiği üzere, ta'zîr kavramı; hadler ve kısas dışındaki cezaları ifade etmek için kullanılmaktadır.¹²⁵ Bu türden cezalar; zamana, mekâna, örfe, toplumda meydana getirdiği olumsuz etkilere, suçlunun sosyal statüsüne vb. durumlara göre farklılık arz eden cezalardır¹²⁶ ve İslam Ceza Hukukunun esnek tarafını temsil eder.¹²⁷ İslam ceza hukukunun sabit ve değişmez tarafını teşkil eden

121 Hâfûziddin en-Nesefî, *Keşfü'l-esrâr*, II, 391-392; Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV, 270.

122 Merğînânî, *el-Hidâye*, X, 268; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV, 290.

123 Şeybânî, *el-Asl*, VI, 603; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 169; Kâsânî, *Bedâ'i'*, VII, 303, 321; Merğînânî, *el-Hidâye*, X, 272-274; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV, 296-297; Zeylaî, *Tebyîn*, VI, 117.

124 Şeybânî, *el-Asl*, VI, 103; Kâsânî, *Bedâ'i'*, VII, 303, Zeylaî, *Tebyîn*, VI, 117. Tedâhülün câri olup olmadığı diğer durumlar için bk. Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye*, III, 107-110; Dağcı, Şamil, *İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1999, s. 129-133.

125 Hadler ile ta'zîr arasında ortak ve farklı hususlar için bk. Behnesî, *el-Ukûbe*, s. 129-130.

126 Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 36; Mâverdi, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, s. 293-297; Bâbertî, *el-İnâye*, V, 329-331; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kâdir*, V, 332.

127 Bu husustaki değerlendirmeler için bk. Behnesî, *el-Ukûbe*, s. 140-141; Behnesî, *el-Cerîme*, s. 246.

hadlerin vazedildiği suçların dışında, suç sayılan bir fiilin müteaddit defa ya da farklı ihlallerden oluşan bileşik bir suçun irtikâp edilmesi halinde, tedâhül ilkesi işletilerek hâkimin takdirine göre bir cezalandırmaya gitmenin önünde şer'î bakımdan bir engel gözükmemektedir. Nitekim aslı itibarıyla had cezalarının meşru kılındığı suçlarda, suçun unsurlarının tam olarak oluşmaması ya da ispat edilememesi halinde uygulanacak ta'zîr cezalarında¹²⁸ asıl olan hadlerde tedâhül işletildiği gibi bedel olarak uygulanacak ta'zîr cezalarında da tedâhül işletilebilir. Örnek olarak bir kimse müteaddit defa nisap miktarına ulaşmayan mal çalsa veya müteaddit defa zina haddinin uygulanmasını gerekli kılmayacak şekilde cinsel ilişkide bulunsa, irtikâp ettiği suçlara verilecek ta'zîr cezalarında hâkimin uygun görmesi halinde tedâhül ilkesine başvurulabilir. Allah hakkı (kamu/toplum hakkı) na müteallik olmayan suçların cezasında da aynı ilkedен hareket edilebilir.¹²⁹ Bu çıkarıma binaen, müteaddit suçun ictimâi halinde ta'zîr bağlamında verilecek cezalarda her bir suçtan ayrı ayrı ceza vermek mümkün olduğu gibi, irtikâp edilen suçlardan en şiddetli cezayı hak eden suçta ceza vermek suretiyle tedâhül ilkesini işletmek de mümkündür. Bu iki yaklaşıma ilave olarak müteaddit suçlar için alt ve üst bir ceza sınırı getirerek, işlenen suçlara ayrı ayrı ceza vermenin de fıkha aykırı bir unsur içermediğini söylemek mümkündür.¹³⁰

128 Ta'zîr cezalarının bu bağlamdaki taksimi için bk. İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, V, 330-331; Behnesî, *el-Cerîme*, s. 245, 247-250. Ta'zîr cezalarının Allah hakkı ve kul hakkı şeklinde taksiminin pratik neticesinin iki sonucu vardır: a) Allah haklarına müteallik ta'zîr cezalarında -had cezalarında olduğu gibi- hâkimin af yetkisi yoktur. Kul hakkına müteallik olan da ise hâkim uygun görmesi halinde af yetkisini kullanabilir. b) Allah haklarına müteallik ta'zîr cezalarında, suç topluma yönelik işlendiği için dava açılmasına gerek yokken, kul hakkına müteallik olan ta'zîrlerde ise şahsi hakta tecavüz söz konusu olduğu için mağdurun şikâyet ve davası şarttır. İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, V, 330-331.

Başbakanlık, *Türk Hukuk Lügati*, "içtima" md., s. 142.

129 İbn Âbidîn, kul hakkını koruma için verilecek ta'zîr cezalarında tedâhülün işletilmeyeceğini ifade etmiş ve fakihlerden açıkça bu kuralı dile getiren görmediğini ifade etmiştir. Bk. İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, IV, 74. Benzer bir sonucu dört mezhep bağlamında bir kural olarak dile getiren Behnesî, Allah hakkı olarak verilecek ta'zîr cezalarında tedâhüle başvurulabileceğini buna mukabil kul hakkına müteallik ta'zîrlerde ise suçun tekrerrüü ile cezanın da tekrerrür etmesi gerektiğini, dolayısıyla bu alanda tedâhül ilkesinin işletilmeyeceğini ifade etmektedir. Behnesî, *el-Cerîme*, s. 250; *Nazariyyât*, s. 123. Kanaatimizce ta'zîr cezalarında tedâhüle konu olması bakımından getirilen bu sınırlama, ta'zîr cezasının mantığına uymamaktadır. Çünkü hâkim çeşitli karineler ile suçlunun ıslahının irtikâp ettiği suçların tamamı için münasip gördüğü bir ceza ile mümkün olacağına dair bir kanaate varmışsa veya kendisinde müteaddit kişiye söven birine, her bir sövgü için ayrı bir ta'zîr cezası uygulanması halinde sakatlanacağı ya da ölebileceği zannı oluşmuşsa, tedâhül ilkesine dayanarak bir ceza ile yetinebilmelidir. Ta'zîr cezalarının hâkimin takdirine bırakılmasının gayesi de bu olmalıdır. Bu hususta Osmanlı Dönemine ait ta'zîr uygulamalarına bakıldığında tedâhül ilkesinin işletildiğini görmek mümkündür. Örnek olarak II. Bayezid'in Kanunnamesi'nin 34. Maddesinde, adam bıçaklamayı adet haline getiren kimsenin elinin kesileceği, adet haline getirmemişse kollarına bıçak sancub (sancılama) gezdirileceği, kanunlaştırılmıştır. Bu ve benzer örnekler için bk. Akman, Mehmet, *Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması*, Eren Yayıncılık, İstanbul 2004, s. 148, 149, 176.

Bu husustaki görüşler için bk. Erturhan, *İslam Ceza Hukukunda İçtima*, s. 184-187.

130 Bu husustaki değerlendirmeler ve uygulama örnekleri için bk. Cin - Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, I, 328-330.

SONUÇ

Hanefî mezhebi de dâhil olmak üzere fıkhd ekollerinin yaygın bir şekilde başvurdukları ilkelerden birisi de tedahüldür. Tedâhül, ‘hükümü gerektiren her bir sebebe ayrı bir hüküm verilir’ kuralından istisna edilerek müteaddit sebebe tek bir hüküm bağlamak anlamında kullanılmaktadır. Hanefî fakihleri tedâhülün teorik tarafına genel itibarıyla tilâvet secdesi bağlamında değinmişler, tedâhülü sebepte ve hükümde olmak üzere iki kısımda ele almışlardır. İki tür tedâhül arasındaki en önemli fark, ilkinde sebeplerin tek bir sebep sayılması ve tek bir hüküm ile yetinilmesi, ikincisinde ise sebepleri teke indirmeden hükmün infazından önce tek bir hüküm ile yetinilmesidir. Hükümü icra ettikten sonra sebebin yeniden ortaya çıkması halinde hüküm de tekerrür eder. Hanefî fakihleri genel itibarıyla ibadet alanında sebepte tedâhül ilkesini, ceza hukukunda ise hükümde tedâhül ilkesini işletmişlerdir.

Tedâhül ile ilgili Hanefî yaklaşımını yansıtan en önemli konular, tilâvet secdesi, kefâretler ve ceza hukukudur. Hanefî fakihleri arasında hâkim görüşe göre, oruç dışındaki kefâretlerde ibadet unsuru ağır basmaktadır. Kefâretlerin bir yönüyle de olsa ukûbat unsurunu taşıması, ukûbatta genel bir ilke olarak tatbik edilen tedâhülün kefâretlerde de gözetilmesi neticesini doğurmuş, ukûbat unsurunun daha baskın olduğu orucu bozma kefâretinde bu ilke daha etkin bir şekilde uygulanmıştır.

Tedâhülün toplumsal anlamda en etkili hissedildiği alan, ceza hukukunun Allah hakkı (kamu hakkı) olarak kabul edilen hadler ile ilgili alanıdır. Buna bağlı olarak aynı cinsten işlenen suçların tedâhülü (ictimâî) ilkesinin kabulü ile suçlunun hâkim karşısına çıkmadan önce işlediği müteaddit aynı cins suç için tek bir ceza öngörölmüştür. Aslında “her suça ayrı ceza verilir” kuralından istisna edilen tedâhül yaklaşımı, Hanefî fakihlerince hadler konusunda başlı başına bir asıl haline gelmiştir. Bu yaklaşımın gerekçeleri arasında; suçlunun tek bir ceza ile ıslah olacağı, caydırıcılığın tek bir ceza ile gerçekleşeceği ve her suç için ayrı bir ceza verilmesinin suçlunun ölümüne sebep olabileceği gibi argümanlar dile getirilmiştir. Kul hakkının daha baskın olduğu kısasta ise genel itibarıyla bu ilke işletilmemiştir. Yerine göre Allah hakkı ve kul haklarına tecavüze binaen verilen ta’zîr cezalarında ise ilkinde tedâhülün cari olduğu ikincisinde ise cari olmadığı kanaati bazı ilim adamlarınca dile getirilmiştir. Ancak bize göre müteaddit suçun ictimâî halinde, ta’zîr bağlamında verilecek cezalarda da farklı yöntemler kullanılarak tedâhül ilkesini işletmek mümkündür.

ÇOK HUKUKLULUK VE ARACILIK/TAHKİM BAĞLAMINDA OSMANLI VE TÜRK HUKUK SİSTEMLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI*

Prof. Dr. Recep ÇİĞDEM**

Özet: Uzun dönem farklı kıtalarda hüküm süren Osmanlı, arkasında çok yüklü ve geniş bir miras bırakmıştır. İç karışıklığın hüküm sürdüğü Ortadoğu'da, barışı sağlamış ve farklı kültürlerin bir arada yaşamasını başarabilmiştir. Bu başarının arkasında yer alan temel normlardan birisi hukuktur. Zira hukuka güvenin yok olduğu ortamlarda anarşi ve eşkıyalık hüküm sürer. Uzun dönem barış içerisinde farklı din, dil ve ırkları bir arada tutmayı başaran Osmanlı'nın en temel dinamiklerinden birisi millet sistemi anlayışına uygun olan çok hukukluluktur. Osmanlı'da farklı dinlere mensup bireyler özel hukuk alanında kendi hukuk sistemlerine uygun yargılanabilmekteydiler. Günümüzde, İngiltere'de de benzer bir sisteme hakem anlayışı içerisinde kapı aralanmıştır. Çağdaş Türk hukukunda da alternatif çözüm yolları aranmaktadır. Hakemlik sistemi ve son dönemlerde avukatlara verilen yetkiler, bu gelişimin en temel göstergeleridir. Biz bu çalışmada, Osmanlı'nın çok hukukluk anlayışı ile adaletin işleyişini, çağdaş Türk hukuku ile mukayeseli inceleyeceğiz.

Anahtar kelimeler: Çok hukukluluk, hukuk mirası, adalet, barış.

A Comparative Study of The Ottoman and the Modern Turkish Legal Systems in the Context of Legal Pluralism and Arbitration/Mediation

Abstract: Ottoman Empire, which had long term influence on several different continents, left behind a huge legacy. It was able to bring peace and coexistence of different cultures in the Middle East which is now full of civil strife. Law was one of the main fundamentals behind this success. This is because anarchy and banditry prevails when the trust of people to law diminishes. One of the fundamental elements for the peace and tranquility between different religions, languages and races in the Ottoman Empire was the legal pluralism under the millet system. In the Ottoman Empire, individuals who belong to different religions were given the right to go to their own religious law courts in private law related disputes. Contemporarily, the similar system is progressing in England under the pretexts of arbitration. Contemporary Turkish law is also looking for the alternative dispute resolution methods. Arbitration and the entitlements of the lawyers in the private legal disputes are the main indicators of this progress. This study will examine Ottoman legal pluralism, the legal process and the modern Turkish law in comparative perspective.

Keywords: Legal pluralism, legal legacy, justice, peace.

* Bu makale, Kırıkkale Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi tarafından 26-27 Nisan 2016 tarihinde düzenlenen Bütün Yönleriyle Osmanlıca ve Mirası Uluslararası Sempozyumu'nda sunulan "Osmanlı'nın Hukuk Mirası" adlı tebliğin geliştirilip gözden geçirilerek ve konu bütünlüğü açısından 'adaletin işleyişi' başlığında işlenen konuların çıkarılarak ele alınmış şeklidir. Makalenin bu şekli almasına katkı sunan isimlerini bilmediğimiz hakemlere teşekkür ederiz.

** Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku ABD Öğretim Üyesi, Şanlıurfa, recepcigdem@yahoo.co.uk

GİRİŞ¹

Toplumları ayakta tutan bazı dinamikler vardır. Bunların arasında, ortak tarih, din, dil ve hukuk temel sütunları teşkil eder. Irkları, cinsiyetleri, din, dil ve hukukları farklı olan milletlerin barış için yaşamalarını sağlamak çok zordur. İmparatorluklar içerisinde uzun dönem bunu başarabilmiş olanlar çok azdır. Osmanlı altı asır bunu başarabilmiş, bugün küresel güçlerin gövde gösterisine dönüştüğü ve iç savaşın hüküm sürdüğü coğrafyaları bir arada tutabilmiş ve dinlerini,² mabetlerini,³ haklarını, hukuklarını,⁴ kimliklerini koruyabilmiştir. Bunu başarabilen bir toplumun ve devletin dinamiklerini incelemek, günümüz sorunlarının çözümüne de ışık tutabilecektir. Bu dinamikler arasında yer alan en temel kural adaletin sağlanması, toplumun hukuksal kararları içtenlikle kabul edebilmesi, hak ve adaletin sağlandığına olan inancını koruyabilmesidir.⁵ Bunu sağlamanın en te-

- 1 Bu makale, Kırıkkale Üniversitesi, İslami ilimler fakültesi tarafından 26-27 Nisan 2016 tarihinde düzenlenen 'Bütün yönleriyle Osmanlıca ve Mirası uluslararası sempozyumu'nda sunulan 'Osmanlı'nın hukuk mirası,' adlı tebliğin geliştirilip gözden geçirilerek ve konu bütünlüğü açısından 'adaletin işleyişi' başlığında işlenen konuların çıkarılarak ele alınmış şeklindedir. Makalenin bu şekli almasına katkı sunan isimlerini bilmediğimiz hakemlere teşekkür ederiz.
- 2 Hıristiyanların mezhep değiştirmesinin yasaklanması, bu yasağın kaldırılması ve kendi içlerinde rekabet anlayışı için bkz. Türkan, Ahmet, 'Tanzimat'tan sonra (1839) Kütahya'daki Hıristiyanların dini-idari durumları ve yaşadıkları tartışmalı meseleler', *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Kütahya Özel Sayısı, (2014), s. 111-136.
- 3 İslam hukukunda ve Osmanlı uygulamasında, Gayrimüslimlere ait mabetlerin hukuki statüsü hakkında bkz. Akman, Mehmet, 'Kilise ve havraların İslam-Osmanlı hukuk tarihindeki yeri', *İLAM Araştırma Dergisi*, C. I, S. 2 (1996), s. 133-144.
- 4 Gayrimüslimlere verilen hakları elinden alanlar için Kanuni Sultan Süleyman şöyle beddua etmiştir: '...emirânâme-i sultan olanlar veyahud vüzerây-ı izâm ve ulemâ ve sulehâdan mîr-i mîrân ve mîr-livâ ve voyvodaları ve beytü'l-mal ve kassâm âdemleri ve vakf mütevellileri ve subaşları ve zuema ve erbâb-ı tımar ve müteferrika ve çavuş ve sipahi ve yeniçeri ve sâir ehl-i örf tâifesi ve kapım kullarından ve Hazret-i Resul-i Ekrem sallallahu aleyhi ve selem hazretlerinin ümmetinden her kim Hazret-i Ömer hazretlerinin ahidnâme-i hümayûn ve merhûm babam Sultan Selim Han aleyhi'rahmeti ve'r-ırdvân hazretlerinin hatt-ı hümayûnları sa' âdet-makrûnları ve hala verilen hatt-ı hümayûnlar sa' âdet-makrûn ve fesh eylemek murad olur ise Allahu teâlanın hışmına ve azabına mesûl olalar deyu...' Satış, İhsan, '8 Numaralı (Kamame) Kilise Defteri'nin tanıtımı ve fihristi', *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. 5, S. 21 (2012), s. 310.
- 5 Yetkin, Osmanlı toplumunda hukuk devleti anlayışının klasik dönemde olmadığını şöyle iddia etmektedir: 'Hükümdar aklına gelen her şeyi yapma kudretine sahiptir. Her yaptığı doğrudur. Ona sürüden muhalefet edilemez. Yanılmaz sayılır, çünkü kişiliği kutsaldır. Tebaanın mukadderatı onun aklına bağlıdır. Ferdin devlet idaresinde hissesi yoktur.' Bu görüşe katılmak güçtür. Zira kendisinin belirttiği gibi, hukuk devleti anlayışı; hukuk güvenliğinin ve temel hak ve özgürlüklerin sağlandığı, hukuk ilkelerinin halk tarafından bilinebilir olduğunu ifade eder. Osmanlı mahkeme kayıtlarının incelenmesi Osmanlı toplumunda bu şartların mevcut olduğunu göstermektedir. Ayrıca Padişah, hukuktan kaynaklanmayan ve hukuk otoritelerince onaylanmayan yetkiyi kullanamaz. Bayındır, Yetkin'in aksine şöyle demektedir: 'Bütün bu çalışmalarım esnasında İslam hukukuna aykırı bir hükme ve uygulamaya rastlayamadım.' Osmanlı'nın kuruluşundan itibaren hukuka riayet konusu, 3 Kasım 1839 Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nda da vurgulanmıştır: '... Cümleye malum olduğu üzere Devlet-i aliyyemizin bidâyet-i zuhurundan beru ahkâm-i celile-i Kur'aniyye ve kavânin-i şer'iyyeye kemâliyle riayet olduğundan...' Hukuk devleti için ayrıca, egemenliğin halktan kaynaklanması şartının konulması ise tartışılır bir konudur. Hukuk devletinin olmazsa olmaz ilkesi

mel öğelerinden birisi, insanların inandığı, hem dünya hem de ahrette kendisini kurtaracağını düşündüğü veya en azından kendisine yakın hissettiği hukuk kurallarının uygulanmasıdır. Çağdaş dünyada ciddi anlamda tartışılan, ancak hukukta teklik/yeknesaklık ilkesine aykırılık nedeniyle kabul görmeyen, İngiltere⁶ gibi bazı ülkelerde tahkim temelli⁷ uygulanan çok hukukluluk⁸ Osmanlı'nın kuruluşundan dağılına⁹ kadar önem verdiği temel ilkelerden birisidir. Zira bu anlayış, her ne kadar 19. Yüzyılda yabancıların Osmanlı'nın içişlerine müdahalesi olarak karşımıza çıksa da, toplumların içselleştirebileceği ve birbirine saygı duyabileceği ve uzun asırlar birlikte yaşayabileceği bir sistemdir. Ayrıca, 'geciken adalet, adalet değildir'

değildir. Bu şartı koyduğumuzda halen başında dini temsil eden bir Kraliçe bulunan İngiltere'nin hukuk devleti sayılmaması gerekir ki bu doğru değildir. Ayrıca, yukarıda alıntılanan şekilde katı ve sert bir dilin kullanılması, sosyal bilimlerde doğru bir yaklaşım tarzı değildir. Yetkin, Aydın 'Osmanlı devleti'nde hukuk devletinin gelişim süreci', *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. 6, S. 24 (2016), 380-382; Bayındır, Abdulaziz, *Osmanlı'da Yargının İşleyişi*, <http://www.suleymaniyevakfi.org/tarih-arastirmalari/osmanlida-yarginin-isleyisi.html>, erişim tarihi: 25.1.2016.

- 6 Bulur, Alper, 'Avukatlık kanunu m. 35/a'nın alternatif uyumsuzluk çözüm yolları çerçevesinde irdelenmesi ve bir düzenleme önerisi', <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-89-626>, erişim tarihi: 31.1.2016.
- 7 Örneğin, Muslim arbitration tribunal (Müslüman tahkim mahkemesi), web sayfasında, İngiliz hukuk sistemi içerisinde, 1996 tahkim yasası temelinde İslam hukukuna göre alternatif uzlaşma mahkemesi olmak üzere 2007'de kurulduğunu ifade etmektedir. Evlilik, boşanma, miras, vasiyet, ticaret hukuku alanlarında hizmet verdiklerini belirtmektedirler. <http://www.matribunal.com/>; https://en.wikipedia.org/wiki/Muslim_Arbitration_Tribunal, erişim tarihi: 31.1.2016
- 8 Osmanlı'da Gayrimüslimler, evlenme, boşanma gibi özel hukuk ilişkilerinde kendi hukuklarına tabidirler. Bu durum belgelerde 'akdi nikâh, fesh-i nikâh ve münaziün fih olan iki zimmi arasına başkasının girmemesi, akd-i nikâh ve fesh-i nikâh maddelerinde münazaa eden iki zimmi mabeynlerinin rızalarıyla ıslah ve iktiza ederse kiliselerinde ayinleri üzerine yemin verdikte,' şeklinde formüle edilmiştir. Disiplin mahiyetindeki cezalarda da din adamları yetkilidirler. Taraflardan birisi Müslüman ise veya dava kamu hukukuna ait ise Kadı mahkemelerine gitme zorunluluğu vardı. Özel hukuk alanındaki yezekliğe rağmen, Gayrimüslimler, kadı mahkemelerini kullanmışlardır. Demir, Hande Seher, 'Klasik Dönem Osmanlı Devleti'nde Din-Devlet İlişkilerinin Laiklik, Sekülerizm, Teokrasi ve Din Devleti Sistemleri Kapsamında İncelenmesi', s. 278, 280, <http://www.ankarabaru.org.tr/siteler/ankarabaru/tekmakale/2013-3/2013-3-9.pdf>, erişim tarihi: 19.1.2016; Konan, Belkıs, 'Gayrimüslim Osmanlı vatandaşlarının hukuki durumuna ilişkin bir değerlendirme', *Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 64/1 (2015), s. 174-179, 184; Poş, Abdullah, 'XIX. Yüzyılın ikinci yarısında Tarsus'ta Müslim-Gayrimüslim ilişkileri', *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi dergisi*, C. 17, S. 2, (2008), s. 595, 597,602. Ayrıca bkz Yavuz, Ercan, *Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler Kuruluştan Tanzimat'a Kadar Sosyal, Ekonomik ve Hukukî Durumları*, Turhan kitapevi, Ankara, 2001.
- 9 Osmanlıda alınan bazı önemli kararlar hem Müslüman hem de zimmileri ilgilendiriyordu. Bu kararların uygulanması ve takibi zimmilerin din adamlarına bırakılmıştı. Örneğin, kürtajın yasaklanması ile ilgili fermanlar hem Müslümanlara hem de zimmilere yönelik alınmıştır. Doktorlar, ebeler, çocuk düşürücü ilaç vermeyecekleri konusunda yemin ettirilmişlerdir. Gayri Müslim din adamları, yasal olmayan çocuk düşürmeye neden olan dindaşları hakkında hukukun gereğini yapmaları konusunda uyarılmışlardır. Düzbakar, Ömer 'Abortion In the Islamic-Ottoman Legal Systems', *Journal of the international Society for the history of Islamic medicine*, S. 5 (2006), s. 31, <http://www.ishimj.net/ishimj/910/IISHIM%20NO.9%20PDF/05.pdf>, erişim tarihi: 20.1.2016. İslam hukukunda kürtaj ile ilgili bkz. Ucatlı, Abdulahat, *İslâm hukukunda cenine müdahalenin hükmü*, Yayınlanmamış Yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.

prensibinden hareketle hukukun hızlı ve ucuz işlemesi toplumun adalet sistemine olan inancını veya güvenini artırmaktadır. 20-30 yıl bir davanın sürmesi, bürokratik engeller, delillerin uzun yıllar toplanamaması, zaman aşımından davaların düşürülmesi, toplumun adalete olan inancını zedelemektedir.¹⁰ Osmanlıyı ayakta tutan en temel ilkelerden ikisi, insanların inançlarına uygun hukuk sistemlerini seçebilmeleri¹¹ ve hukukun hızlı işlemesi olabileceğini düşünmekteyiz. Bu nedenle, bu çalışmamızda, Osmanlıda çok hukukluluk sistemi ile adaletin işleyişini ele almaya çalışacağız. Diğer sosyolojik, ekonomik, siyasal nedenlerin incelenmesini alanın uzmanlarına bırakmaktayız.

ÇOK HUKUKLULUK

Modern hukuk anlayışı, tek hukuk sistemine vurgu yaparken,¹² postmodernist anlayış, birden fazla hukuk anlayışı bulunabileceğini, bu bağlamda evrensel bir hukuk olamayacağını savunur.¹³ Bu anlayış, çok hukukluluk kavramına kapı aralamıştır.¹⁴ Bu kavramın farklı farklı tanımları yapılmıştır. Bu tanımları ele alan

-
- 10 Osmanlı ile günümüz ceza yargılama usulünü karşılaştıran Atalay şöyle demektedir: 'Aslında günümüz ceza yargılaması hukukunda da önsoruşturmanın eksiksiz yapılıp tamamen hazır bir dosyayla müteakiben yargılanmanın tek celsede tamamlanması amaçlanmakta ise de uygulamada bu mümkün olmamaktadır. Oysaki Osmanlı şer'i mahkemeleri bunu başarmaktaydı.' Atalay, İbrahim Orkun, 'Osmanlı ceza yargılaması usulü hukuku üzerine bir deneme', s. 271 <http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergisi/makale/2007-2-9.pdf>, erişim tarihi: 25.1.2016.
- 11 Bingöl'ün nizamiye mahkemelerinin kurulması için temel neden olarak Gayrimüslimlerin Müslümanların aleyhine şahitlik yapamamasını göstermesi konuyu basite indirgemek olur. Birçok nedenin yanında bu da bir neden olarak sayılabilir. Bingöl, Sedat, 'Osmanlı mahkemelerinde reform ve cerideyi mahakimdeki üst mahkeme kararları', *Tarih incelemeleri dergisi*, C. 20, S. 1, (2005), s. 20; Ekinci, Ekrem Buğra, *Osmanlı mahkemeleri*, Arisanat yayınları, İstanbul, 2004, s. 27-49.
- 12 Mehmet Yüksel, 'Modernleşme, toplumsal yaşamın hukuksallaşması ve etik', *İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi*, S. 23, (2006), s. 222.
- 13 Sinha, Surya Prakash, 'Legal Polycentricity', *Legal Polycentricity, Consequence of Pluralism in Law*, Edit: Hanne Petersen ve Henrik Zahle, USA, 1995, s. 31-36; Yüksel, Murat, *Hukuki Plüralizm*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2003, s. 70-72; Kumaş, Salih, 'Hukuki Çoğulculuk Bağlamında Osmanlı ve İsrail Hukuklarına Bir Bakış', *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 2, s. 323-345.
- 14 Çok hukukluluk ile ilgili bkz. Hooker, M. B., *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Clarendon Press, Oxford, 1975; Griffiths, John, 'What is Legal Pluralism?', *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, S. 24, (1986), s. 1-38; Merry, Sally Engle, 'Legal Pluralism', *Law and Society Review*, C. 22, S. 5. (1988), s. 872-3; Chiba, Masaji, 'Other Phases of Legal Pluralism', *Ratio Juris*, C. 11, S. 3, (1998), s. 233-239; Roberts, Simon, 'Against Legal Pluralism', *Journal of Legal Pluralism*, S. 42, (1998), s. 95-106; Vanderlinden, Jacques, 'Return to legal Pluralism: Twenty Years Later', *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, S. 28, (1989), 153-4; Tamanaha, Brian Z., 'A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism', *Journal of Law and Society*, C. 27, S. 2. (2000), s. 296-321; Care, Jennifer C. and Zorn, Jean G., "Legislating Pluralism Statutory 'Developments' in Melanesian Customary Law", *Journal of Legal Pluralism*, S. 46 (2001); Yüksel, Mehmet, *Modernite, Postmodernite ve Hukuk*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2002; Cangızbay, Kadir, *Çok-hukukluluk, Laiklik ve Laikrasi*, Liberte Yayınları, Ankara 2002; Barber, N. W., 'Legal Pluralism

ve eksikliklerine dikkat çeken Griffiths hukuki çoğulculuğu, çoklu, iç içe geçmiş, yarı bağımsız sosyal alanların gerçekliğine dayanan dinamik bir normatif heterojenlik olarak ifade eder.¹⁵

Merkezi hukuk anlayışını eleştiren Griffiths, tek hukukluluğun bir efsane olduğunu, çok hukukluluğun ise gerçek olduğunu ifade eder.¹⁶ Hükûki çoğulculuğun eski dönemlerde de varlığından bahseden Griffiths, modern hukuki çoğulculuğu sömürge dönemi ile başlatır. Çok hukukluluğun modern uygulamasının, İngilizler tarafından 1772 yılında Hindistan'da özel hukuk alanında İslam hukukuna tanınan yetki ile başladığını belirtir. Diğer sömürgeci Avrupa devletlerinin de benzer şekilde farklı yerel hukuklara yetkiler verdiğinden söz eder.¹⁷

Bu durumu yaşayan hukuk olarak niteleyen Masaji Chiba, bunun görmezden gelinemeyeceğini belirtir. Hukukun ithal edildiği ülkelerde iki farklı hukukun oluştuğunu belirtir. Asya ülkelerinde dayatılan Batı hukukunu eleştiren Chiba, hukuku ölü ve yaşayan olmak üzere ikiye ayırır. Ona göre, ithal kanunlar yöresel değerlere ve kültüre zarar vermiştir. Bazen yöresel hukuk Batı hukuku içinde asimile olurken bazen de halk kendi hukukuna sıkı sıkıya bağlanmış ve batı hukukunu reddetmiştir. Bu durumda ithal edilen kanunlar, ölü olmaya mahkum olmuşlardır. Bazı durumlarda da ithal hukuk, yöresel değerlerle çatışmayacak şekilde değişikliğe tabi tutulmuştur.¹⁸

Son dönemlerde, azınlıkları ve farklı kültürleri korumak adına çok hukukluluktan daha fazla bahsedilmeye başlanmıştır. Bu bağlamda, Canterbury başpiskoposu Rowan Williams, Müslümanların İngiliz adalet sistemine adapte olamadık-

and the European Union', *European Law Journal*, C. 12, S. 3, (2006), s. 306–329; Kumaş, Salih, *Çok-hukuklu sistem ve İslam hukukundaki yeri*, Yayınlanmamış doktora tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007; Benton, Lauren & Ross, J. Richard (edt), *Legal Pluralism and Empires, 1500-1850*, NYU press, New York, 2013; Tögel, Akif, *Anayasa Hukuku Bakımından Çok Hukukluluk*, Adalet yayınları, 2016; Tögel, Akif, 'Ottoman Human Rights Practice: A Model of Legal Pluralism', *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 2, (2016), s. 201-220; Dupret, Baudouin, 'Legal Pluralism, Plurality of Laws, and Legal Practices', *European Journal of Legal Studies*, <http://www.ejls.eu/1/14UK.htm>; Michaels, Ralf, 'Global Legal Pluralism', http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2679&context=faculty_scholarship, erişim tarihi: 20.9.2017.

15 Griffiths, basit anlamıyla çok hukukluluğun devlet tarafından tanınan farklı hukuk sistemleri olduğunu ifade etmektedir. Griffiths, 'Legal pluralism', s. 5.

16 Griffiths, 'Legal pluralism', s. 4.

17 Griffiths, 'Legal pluralism', s. 5-6.

18 Menski, F. W. *Comparative law in a global context: The legal systems of Asia and Africa*, Platinium, Londra, 2000, s. 68-76; Chiba, Masaji, (ed.) *Asian Indineous law in interaction with recieved law KPI*, London+New York, 1986; Yılmaz, İ. *Dynamic plurism and the reconstruction of unofficial Muslim laws in England, Turkey and Pakistan*, Yayınlanmamış doktora tezi, SOAS, Londra, 1999; Çiğdem, Recep, *Mukayeseli hukuk (İslâm-Türk borçlar hukuku)*, Rağbet yayınları, İstanbul, 2016, s. 9.

larını, bu nedenle sosyal birlikteliği artırmak için kendi adalet sistemlerinin yani İslam hukukunun İngiltere tarafından tanınması gerektiğini belirtmiştir.¹⁹

İslam toplumunda çok hukukluluk anlayışı, Hz. Muhammed'in Medine'ye hicreti ile uygulanmaya başlamış bir sistemdir. Kur'an, ehl-i kitabın kendi inançlarına uygun şekilde yargılama yapılmasını açıkça belirtmiştir.²⁰ İlgili ayetler şöyledir: 'Yanlarında Allah'ın hükmü bulunan Tevrat olduğu halde seni nasıl hakem tutuyorlar ve daha sonra da [senin kararından] yüz çeviriyorlar? İşte onlar, gerçek inanan değildirlere.²¹ 'Tevrat'ı biz indirdik. Onda hidayet ve nur vardır. [Allah'a] teslim olmuş peygamberler, Yahudilere onunla hüküm verirlerdi. Rabbâniyyûn ve Ahbâr da²² Allah'ın kitabından (Tevrat'tan) öğrendikleri (bimâ üstühfîzû) ile hükmederlerdi. Zaten onlar Allah'ın kitabına tanıklardı [onun hükümlerini biliyorlardı]. Öyleyse, insanlardan korkmayın, benden korkun, ayetlerimi basit bir ücret karşılığı satmayın [para karşılığı/rüşvet alarak, yanlış karar vermeyin]. Allah'ın indirdiği ile [Tevrat] hükmetmeyenler, kâfirlerin ta kendileridir.²³ 'İncil ehli, Allah'ın onda indirdiğiyle hükmetsinler. Allah'ın indirdiğiyle [İncil ile] hükmetmeyenler fasıkların/günahkarların ta kendileridir.²⁴

Medine site anlaşmasının²⁵ ilgili maddelerine göre de çok hukukluluk vazgeçilemez bir ilkedir. İlgili maddelerden bazıları şöyledir: "Avf Yahudileri müminlerle beraber bir ümmet oluştururlar. Yahudilerin dinleri kendilerine, müminlerin dinleri kendilerindedir.²⁶ Buna, gerek mevlâları ve gerekse bizzat kendileri dahildirler. Yalnız kim ki haksız bir fiil irtikâp eder veya bir cürüm îka ederse, o sadece kendine ve aile efradına zarar vermiş olacaktır."²⁷ Hz. Peygamber, farklı yazışmalarında

19 <https://www.theguardian.com/uk/2008/feb/07/religion.world>, erişim tarihi: 20.9.2017.

20 İbadet hürriyetine işaret eden bir ayet şöyledir: "...Eğer Allah'ın, insanların bir kısmını bir kısmıyla defetmesi olmasaydı, manastırlar, kiliseler, havralar ve içlerinde Allah'ın adı çok anılan meşitler muhakkak yerle bir edilirdi..." Kur'an, Hâc, 22/40.

21 Kur'an, Mâide, 5/43.

22 Rabbâniyyûn ve Ahbâr kavramlarının anlamları konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Rabbâniyyûn, yönetici ve yargıçlar olarak açıklanırken, Ahbâr ise din bilgileri olarak verilmektedir. İbn Abbas (v. 68/687) ise Ahbâr'ı hukuk uzmanları (fakih) olarak yorumlamıştır. Hâzin, Alâeddin Ali b. Muhammed, *Lübâbü't-te'vil fi meâni't-tenzil*, mecmau't-efâsîr ile birlikte, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1979, c. 2, s. 291

23 Kur'an, Mâide, 5/44.

24 Kur'an, Mâide, 5/47.

25 Aydın, Mehmet Akif, 'Anayasa,' *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, C. 3, s. 153; Kelebek, Mustafa, 'İslam hukuk felsefesi açısından Medine vesikası,' <http://eskidergi.cumhuriyet.edu.tr/makale/288.pdf>, erişim tarihi: 1.2.2016.

26 Bu ifade şu ayetin yansımasıdır: 'Sizin dininiz size, benim dinim banadır'. Kur'an, *Kâfirun*, 109/6.

27 Erdem, Mehmet, 'Medine vesikası'nın maddelendirilme şekli ve türkçe çevirileri üzerine bazı mülahazalar,' *The Journal of Academic Social Science Studies*, C. 5, S. 8, (2012), s. 530 http://www.jasstudies.com/Makaleler/554561271_erdemmehmet.pdf, erişim tarihi: 1.2.2016.

Yahudi ve Hıristiyanların kendi dinlerinde kalabileceklerini, mallarına, canlarına, dinlerine ve mabetlerine dokunulmayacağını ifade etmiştir.²⁸

Ömer b. Abdulaziz (v. 101/720), Hasan Basri'ye (v. 110/728) mektup göndererek şu soruyu yöneltir: 'Zimmilerin yakın akrabaları ile evlenmeleri, şarap ve domuz sahibi olmaları konusunda müdahale etmeyen Hulefâ-i Râşidin hakkında ne dersin?' Hasan Basri şöyle cevap verir: 'İnandıkları gibi yaşamalarının serbest olması için cizye öderler. Sen buna tabi ol, yeni şeyler ihdâs etme [onlara karışma].'²⁹ İbn Hümâm (v. 861/1457) konuyu şöyle devam ettirir: 'Fetihlerden günümüze kadar, yöneticiler ve yargıçlar, onların bu tür işleri yaptıklarını bildikleri halde [yakın akrabaları ile evlenmeleri, şarap ve domuz sahibi olmaları], onlarla uğraşmadılar, bu noktada icma hasıl olmuştur.'³⁰ Yukarıdaki ifadelerden anlaşılacağı gibi, Hanefi bilginleri, Gayrimüslimlerin hukuki muhtariyete sahip olduklarını açıkça ifade etmişlerdir.³¹ Hatta Ebu Hanife'ye (v. 150/767) göre, Gayrimüslimlerden birisi nikah akdi ile ilgili, İslam mahkemesine müracaat etse, diğeri müracaat etmese, davaya bakılmaz, zira taraflardan birisi, kendi inancına göre nikaha devam etmek istemektedir, öyleyse bu hak kendisine tanınmalıdır.³²

Gradeva, Osmanlı millet³³ sistemi içinde, zimmilerin (Gayrimüslim vatandaş) sınırlı da olsa, hukuksal ve politik muhtariyetleri olduğunu ifade etmektedir.

28 Bâberti, bu nedenle putlara tapmalarına dahi dokunulamayacağını ifade etmektedir. Ebu Yusuf, *Kitâbu'l-Harâc*, Beyrut, Dârul-marife, 1979, s. 72-73; Bâberti, *Şerhu'l-inâyê ale'l-hidâye, Fethu'l-kadir* ile birlikte, Beyrut, Dârul-fikr, t.y. c. 3, s. 413.

29 İbn Hümâm, *Fethu'l-kadir*, Beyrut, Dârul-fikr, t.y. c. 3, s. 417.

30 İbn Hümâm, *Fethu'l-kadir*, c. 3, s. 417.

31 Merğînânî, *Hidâye*, İstanbul, Kahraman yayınları, 1986, c. 1, s. 219; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadir*, c. 3, s. 413- 417.

32 Bâberti, *Şerhu'l-inâyê*, c. 3, s. 416.

33 Millet kavramının Osmanlı'da ne zaman kullanılmaya başladığı konusunda farklı görüşler vardır. Bu sistemin genel hatları ile II. Mehmet devrinde İstanbul'un fethinden sonra gerçekleştiğini söyleyenler olduğu gibi I. Süleyman döneminde olduğunu söyleyenler de vardır. İlk ortaya çıkan milletin, Ortodoks Rum milleti (Rum, Sırp, Bulgar, Romen Arap Ortodokslar) olduğu söylenmektedir. Yahudiler daha sonra bu sisteme katılmışlardır. Millet ile ilişkiler, o cemaatin seçtiği ve devletin onayladığı bir dini lider ile yürütülürdü. Bu dini liderler hem vergi toplamada hem de kendi dindaşlarına özel hukuku uygulamakta yetkilidiler. Akyılmaz, Gül, 'Osmanlı devletinde Gayrimüslimlerin hukuki statüsü', <http://www.sadikcan.com/osmanli-devletinde-gayrimuslimlerin-hukuki-statusu.html>; Eser, Ümit, 'Millet sisteminin tarihi arka planı: Gayrimüslim cemaatler için özerk bir alan', *Bahkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü dergisi*, C. 13, S. 24 (2010), s. 205-206. Ayrıca bkz. Satış, 'Kilise defteri', s. 306; Konan, 'Gayrimüslim Osmanlı vatandaşlarının hukuki durumu', s. 173.

34 Bulgar Katoliklerin kendilerine ait yerel ve etnik bir kilise kurulması ve Fener Rum patrikliğinin yargı alanından uzaklaşarak bağımsızlaşma ve Bulgar cemaatinin din işlerini yürütme çabaları için bkz. Seyfeli, Canan, 'Osmanlı Devlet Salnamelerinde Bulgar Eksarhlığı ve Bulgar Katolikler (1847-1918)', *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 2, (2011), s. 157-190. Yahudiler ile ilgili bkz. Gerber, Haim, *Crossing Borders: Jews and Muslims in Ottoman Law, Economy and Society*, The ISIS Press, İstanbul, 2008.

Ortodoks din adamlarının evlenme, boşanma gibi aile hukukuna ait ve dini hükümleri ilgilendiren konularda tam adli muhtariyete sahip oldukları,³⁵ kendi kiliselerine kayıtlı olanları yargılayabildikleri ve iç yönetsel sorunları çözmeye yetkili olduklarını belirtmektedir. Taraflardan birisinin Müslüman olduğu davalar ile ceza³⁶ davalarında kadı mahkemelerine gitmelerinin zorunlu olduğunu ifade etmektedir.³⁷

Hıristiyan din adamlarının, kendi tebaalarının Müslüman kadı mahkemesine gitmemeleri için uyarıda buldukları, gidenler için ağır cezalar öngördüklerini belirtmekte ve 1788 tarihli şu karara atıf yapmaktadır: '*Kilise mahkeme kararlarını kabul etmeyerek, yabancı mahkemelere gidenlerin davaları bir daha kilise mahkemeleri tarafından görülmemelidir. Onlar reddedilmeli... ve kilise tarafından cezalandırılmalıdır...*'³⁸ Aynı karar kilise yetkisini ise şöyle ifade etmektedir: '*... Piskoposlar kendi bölgelerinde, Hıristiyan medeni hukukuna ait olan miras, borçlar ve diğer tüm dünyevi davaları ve tüm hukuksal problemleri çözmelidirler... Bu nedenle, Piskoposlar sadece dini hukukta değil medeni hukukta da uzman olmalı, hukuk ve akıl dışı kararlar almamalıdır.*'³⁹ Gradeva, 17. yüzyıla ait kilise mahkeme belgelerinden, özellikle şehirlerde, halk ile din adamlarının bağlılığının güçlü olduğu yerlerde, yukarıda yer aldığı şekilde davaların görüldüğünün anlaşıldığını, hatta kilise mahkemelerinin kredileri ve mal alım satımlarını kaydettiklerini ifade etmektedir.⁴⁰ Yine bu belgelerde, Hıristiyan din adamlarının, devlet yetkililerinin

35 Kenanoğlu, 'Osmanlı İmparatorluğu'nda Gayrimüslim cemaatlerin ruhânî işlerini görmeğe yetkili patrikhânelerin ve hahambaşılığın kendi cemaat üyelerine ilişkin her tür davaya bakmaya yetkili olduğu hususunda varit olan çeşitli rivayetlerin veya peşin kabullerin hukukî bir zemini olmadığı 19. yüzyıl öncesinde klasik dönemdeki uygulamalar' ile 19. yüzyıl uygulamalarının benzer olduğunu ifade etmektedir. Kenanoğlu'nun bu konuda ulaştığı sonuç şöyledir: '*Bu düzenlemeler ve ekte sunduğumuz belgeler dikkate alındığında 19. Yüzyılda gayrimüslim cemaatlerin hukuki statüsünde klasik döneme nazaran çok büyük bir farklılığın oluşmadığı rahatlıkla ifade edilebilir.*' 1280/1863 tarihli Ermeni Patriği Boğos'a verilen berata göre, Cemaat mensuplarının nikah akitleri ve boşanma işlemi patrik veya vekilleri tarafından yürütülecektir. 6 Rebiülevvel 1331/13.02.1913 tarihli İstanbul Rum Patriği Yeranos'a verilen beratta de benzer hükümler vardır. Kenanoğlu, Macit, '19. Yüzyıl Osmanlı Hukuk Sisteminde Gayrimüslim Cemaatlere Tanınan Adli Yetkiler ve Bakmaya Yetkili Oldukları Davalar', *Türk hukuku araştırmaları dergisi*, C. 1, (2008), s. 20-22.

36 Ceza davalarına konsolosluk mahkemelerinde de bakılmıştır. Konsolosluk mahkemeleri ile ilgili bkz. Kenanoğlu, M. Macit & Kenanoğlu, Figen, 'Osmanlı Hukukunda Konsolosluk Mahkemelerinin Yeri ve İtalyan Konsolosluk Mahkemesi Takrir Defterleri 1', *Türk hukuku araştırmaları dergisi*, C. 1, (2009), s. 63-339; Ekinci, *Osmanlı mahkemeleri*, s. 328.

37 Gradeva, R. 'Orthodox Christians in the Qadi Courts: The Practice of the Sofia Sheriat Court, Seventeenth Century', *Islamic law and society*, C. 4, (1997), s.41.

38 Gradeva, 'Orthodox Christians', s. 44.

39 Gradeva, 'Orthodox Christians', s. 45.

40 Gradeva, 'Orthodox Christians', s. 45.

den ve mahkemelerden, kendi hukuki yetkilerinin kullanılmasının sağlanmasını, yani davaları kendilerinin görmeleri için gerekli önlemlerin alınmasını istedikleri görülmektedir.⁴¹ Gradeva, bu konu ile ilgili şu fermana atıf yapmaktadır: ‘*Evlenme ve boşanma ile ilgili tüm konular, Varna Piskoposuna götürülmeli, mahal-le imamlarına götürülmemeli ve kadılar da kilise mahkemeleri tarafından verilen dini cezaları bozmamalıdır.*’⁴² Ona göre, kendi mahkemelerinde boşanan Hıristiyanlar, bu kararları zaman zaman kadı mahkemelerinde de kayıt ettirmişler,⁴³ böylece iki güçlü belgeye sahip olmuşlardır.⁴⁴ 1764 yılına ait bir fermana, Yunan ve Ermeni din adamlarına, kendi cemaatlerinde problem çıkaranları cezalandırma yetkisi verilmiştir. Aynı ferman, şüpheli evliliklere kadıların bakmamasını ifade etmektedir.⁴⁵ Hıristiyanların, arabulucu olarak görev yapmış olabileceklerini ve kadı mahkemelerinde görev aldıklarını örneklerle ifade etmektedir.⁴⁶ Bütün bunlara rağmen, İslam hukukunun lehlerine olan hükümlerinden yararlanmak (mehir gibi), kadı mahkemesinin düşük masrafları ve güvenli belgeye ulaşmak veya kendi mahkeme kararlarının kendilerini tatmin etmeme gibi nedenlerle kadı mahkemelerine de Hıristiyanların başvurduklarını ifade etmektedir.⁴⁷ Hıristiyanların Müslümanlardan uzak durmaları yönünde din adamlarından gelen uyarıları dikkate almadıkları, Müslümanlarla barış içinde yaşadıkları, birlikte şirketler kurdukları, gayrimenkulleri birbirlerine sattıklarını, Müslümanlar aleyhine açtıkları bazı davaları kazandıklarını belirtmektedir.⁴⁸

1856 tarihli Islahat fermanında da Gayrimüslimlerin özel hukuk alanında muhtariyete sahip oldukları şöyle vurgulanmıştır: ‘...ve Hıristiyan vesâir tebayı gayri Müslimeden iki kimse beyninde hukuki irsiye gibi deâviyi mahsûsa sahibi dava olanlar istedikleri halde patrik ve rüesa ve mecâlis marifetiyle ru’yet olunmak üzere havale kılınması...’⁴⁹ 1891 tarihinde, Rum patrikhanesinin imtiyazât-ı kadime-i mezhebiyyesinin idâme-i mahfuziyyeti hakkında irade-i seniyye yayımlanarak, özel hukuk alanında yetkilerinin devam ettiği bildirilmiştir.⁵⁰

41 Gradeva, ‘Orthodox Christians’, s. 58.

42 Gradeva, ‘Orthodox Christians’, s. 58 (dipnot 69).

43 Tögel, ‘A Model of Legal Pluralism’, s. 201-220.

44 Gradeva, ‘Orthodox Christians’, s. 59.

45 Gradeva, ‘Orthodox Christians’, s. 62.

46 Gradeva, ‘Orthodox Christians’, s. 68.

47 Gradeva, ‘Orthodox Christians’, s. 68.

48 Gradeva, ‘Orthodox Christians’, s. 69.

49 Ekinci, *Osmanlı Mahkemeleri*, s. 314 (dipnot 4).

50 Ekinci, *Osmanlı Mahkemeleri*, s. 318.

Gradeva'nın belirttiği gibi, zimmilerin şer'iyye mahkemelerine gitmelerini engellemek için ilgililerin Osmanlı makamlarına müracaat ettikleri bilinmektedir. Bunlardan birisi şöyledir: 'Kayseri ve mulhakâti metropolidi Yanisyon nam rahibin, akd ve feshi nikah için iki zimmi arasında ıslah etmesi elindeki berat hükümlerinden olduğu halde, bazı zimmi ve müstemenlerin (şer'i) mahkeme ve imamlar vasıtasıyla işlerini görmelerinden dolayı Hıristiyan kadın ve çocukların zarar gördüğü beyanıyla, kadı ve naiblerin bu gibi işlere karışmamaları istidasına dair İstanbul Rum patriğinin 21 Safer 1248 (1832) tarihli arzuhalı.'⁵¹

Ortaylı konuyla ilgili şu bilgiyi vermektedir: 'Gerçekten de Osmanlı İmparatorluğu tarihinde Roma İmparatorluğu'ndan sonra dini toleransın en çok görüldüğü, üstelik bu toleransın zamana ve hükümdarın kişiliğine bağlı olmaksızın kurumsallaştığı bir devlettir. Cemaatlerin sadece dini değil, iktisadi, adli ve maarife ilişkin işleri kendilerine bırakılmış, hatta ruhani liderler ve kurumlara rütbe, imtiyazlar bahşedilmiştir.'⁵²

Osmanlı'da Tanzimat ile birlikte hukuk ve adliye yeniden ele alınmış, çok hukukluluk yerine hukukta teklik ve yeknesaklık prensibi esas alınmaya başlamıştır. Zimmiler her ne kadar kendi hukuklarına hala sahip olsalar da bu hukukun şer'iyye mahkemeleri aracılığı ile uygulanması gündeme gelmiş ve bu bağlamda, 1917 tarihli Osmanlı Hukuki Aile Kararnamesi hazırlanmıştır. Zimmiler, muhtariyet haklarını tamamen bu kararname ile kaybetmişlerdir. Zimmilerle ilgili yapılan düzenlemenin gerekçesi şöyle ifade edilmiştir: "... Gayrimüslimler hakkında da onların ahkâm-ı mezhebiyyesinden kavâidi lâzımeyi istihrâc ve telfik ile müşterek mesâilin cümleye âm ve şâmil olacak bir surette tedvini ve Müslümanlar hakkında yazılacak kavâidi umumiyeden ahkâmı mezhebiyyelerine ademi tevâfuku zahir olanların Gayrimüslimlere şâmil olmayacağını ve istinaden Müslim olmayanlara mahsus olarak lazimü't-tatbik olan mesâili ayrı ayrı zikir ve tashîh etmek sûretiyle onların akâid-i dîniyyelerine riâyet ve ta'dâd olunan bütün mahzurların bertaraf edilmesi kâbil olduğundan, tertîb olunan lâyihay-ı kânûniyyede bu esas takib edilmiş ve Gayrimüslimlerin ahkâmını cem ve tertîb ve tanzîm hususunda da Müslim olmayan erbâb-ı ihtisâsın ma'lumatlarından istifade edilmiştir... Mîl-i gayrimüslimeye aid mevâd ahkâmı da el-yevm hahamhâne ve patrikhânelerce mer'î ve mu-teber ahkâm-ı dîniyye cümlesinden olmakla, bunlar hakkında dahî ayrıca esbâb-ı mûcibe ityânına lüzûm görülmemiştir."⁵³

51 Ekinci, *Osmanlı Mahkemeleri*, s. 324 (dipnot 31) .

52 Ortaylı, İlber, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2005, s. 175.

53 Aydın, Mehmet Akif, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1985, s. 266, 269.

Kararname ile yapılan bu düzenleme, ancak bir buçuk yıl kadar yürürlükte kalabilmiş ve 1919'da yürürlükten kaldırılmıştır.⁵⁴ Ekinci'nin ifadesi ile 'böylece hem muhafazakâr Müslümanların hem de adli otonomisi kaldırılan zimmîlerin reaksiyonu sebebiyle bir buçuk sene sonra ilga olunmuştur.'⁵⁵ Kararnamede Hanefî mezhebi dışında görüşlere yer verilmesi, mezhep taassubu bulunan bazı ulemanın ciddi eleştirilerini beraberinde getirmiştir.

Son olarak, kilise/havra mahkeme kayıtları üzerine yapılan çalışmalar yetersiz olduğundan, istatistikî bilgiye sahip olmadığımız gibi dava türleri ve muhakeme yollarını da detaylı bilememekteyiz.⁵⁶ Bunlar üzerinde yapılacak çalışmalar, çok hukukluluğun işleyişi hakkında daha fazla bilgi sunacaktır.

TÜRK HUKUK SİSTEMİ

Türk hukuk sistemi, laik ve seküler anlayışa sahip üniter hukuktur. Çok hukukluluk sisteminin tartışmaya açılması, laikliğe aykırılık olarak yorumlanmaktadır.⁵⁷ İngiltere gibi laik olan modern ülkelerde bu, bir sorun olarak görülmemekte, laikliğe aykırı olarak yorumlanmamaktadır. Bu bağlamda, isteyenlere kendi inanç sistemlerine göre hukukî problemlerini çözüme imkanı sunulmaktadır.⁵⁸

54 Ekinci, *Osmanlı Mahkemeleri*, s. 327.

55 Ekinci, Ekrem Buğra, *İslam Hukuku Tarihi*, Arisanat Yayınları, İstanbul, 2006, s. 232.

56 Özet bilgi için bkz. Satış, '8 Numaralı (Kamame) Kilise Defteri'.

57 Anayasa mahkemesi 9.1.1998 günlü E: 1998/2 K: 1998/1 sayılı kararında çok hukukluluk sistemini laikliğe aykırı olarak şöyle yorumlamıştır: "Hukuku, inançlara göre ayırmak, vatandaşların birbirleriyle hukukî bağlantılar kurmalarını ve ilişkilerini geliştirmelerini zorlaştırır. İnanç farklılıklarına dayanan değişik hukukların uygulanması sosyal gelişmeyi önleyeceği gibi, ulusal bütünlüğü de bozar. Oysa, ulus olmanın koşullarından biri de hukuk ve yargı birliğinin sağlanmasıdır. Hukukun din, mezhep ve etnik farklılıklara değil, çağdaş değerlere göre düzenlenmesi gerekir. Bireylerin inançları nedeniyle farklı hukuka bağlı olmalarına yol açacak, 'çok hukukluluk'un dinî ayrımcılığa neden olacağı, akıl ve çağdaş bilime dayalı lâik düzeni sarsacağı açıktır. Böyle bir düşüncenin Anayasa ve Evrensel değerleri yansıtan İnsan Hakları Sözleşmeleri karşısında koruma görmesi olanaksızdır."

58 İngiltere 1996 tarihli tahkim kanununa göre, kişiler ceza hukuku dışında özel davalarda istediklerini hakem olarak tayin edebilmektedirler. Yahudi ve Müslüman mahkemeler de bu yasa uyarınca hareket etmektedirler. Bu yasa uyarınca, hakem kararının İngiliz mahkemelerince infaz edilebilmesi için kararın ülkenin kamu politikasına aykırılık teşkil etmemesi gerekir. 2002 tarihli boşanma yasasına göre, dini olarak evlenenlerin, boşanmalarını da dini olarak gerçekleştirmeleri mümkündür. Hatta, taraflardan birisi bunu talep ederse, bu gerçekleşinceye kadar İngiliz mahkemeleri kesin boşanmaya hükmedememektedirler. Gillian Douglas, Norman Doe, Sophie Gilliat-Ray, Russell Sandberg and Asma Khan, *Social Cohesion and Civil Law: Marriage, Divorce and Religious Courts: Report of a Research Study funded by the AHRC*, Cardiff University, 2011, s. 16-22, 32-41; Sarah Anticoni, 'Religious marriages within England and Wales; Their celebration and dissolution', https://www.iafl.com/cms_media/files/religious_marriages_within_england_and_wales_their_celebration_and_dissolution.pdf, s. 8-9; <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/27/section/1> erişim tarihi 20.9.2017.

Türk hukuk sisteminde hakem anlayışının bulunması ve avukatlara hukuki sorunları çözme yetkisi verilmesi alternatif arayışların bir ürünüdür. Avukat sorunu, örfe uygun olarak veya İslam hukuku prensiplerini gözeterek çözüme ulaştırırsa bu laikliğe aykırılık olarak yorumlanmamalıdır. Zira amaç sorunun çözülmesi ve tarafların bu çözümü kabullenmesidir. Örneğin, borçlar hukukunu ilgilendiren bir konuda, İslam hukuk ekollerinden birisinin prensiplerine uygun olarak dava çözümlense, bunun laikliğe aykırı hangi yönü bulunabilecektir?

Devletler hususi hukukunun temel prensiplerine göre, özel hukukta kişiler sıkı bağlı oldukları hukuk sisteminin kurallarına tabidirler. 5718 sayılı Milletlerarası özel hukuk ve usul hukuku hakkında kanunun konumuzla ilgili 4-1/c maddesi şöyledir: *'Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki halinde buldukları devlet hukuku uygulanır.'*⁵⁹ Bu maddenin Osmanlı için formülasyonu şöyledir: 'Osmanlı vatandaşı olup, daha sıkı bağlı bulunduğu din hükümleri bulunuyorsa, kişi özel hukukta o dinin hükümlerine tabi olur.'

Günümüz devletlerinin birçoğu tarafından bu anlayış kabul edildiğine göre,⁶⁰ kişilerin mensubu olduğu dinin hükûkî düzenlemelerinin dikkate alınması sonucu ortaya çıkan çoğulcu hukuki yapının hukuk güvenliğine ve toplumsal düzene zarar verdiğini iddia etmek çok isabetli görülmemektedir. Zira bu çoğulcu yapıya rağmen her bir hukuk sisteminin kendi içerisinde birlik yine bulunmaktadır. Hukukta teklikten anlaşılması gereken temel ilke, aynı sistem içerisinde yer alan hakimlerin verdiği kararların öngörülebilmesi ve sonuçlarının benzer olmasıdır. Örneğin Yahudi sistemi içerisinde Hahamlar aynı olaylara aynı kararları verir ve bu kararlar önceden öngörülebilirse hukukta yeknesaklık var demektir. Weber'in kadı justice (kadı yargısı) anlayışını eleştirmesinin temel nedeni, öngörülebilirliğin olmaması ve kararların çelişkili olması varsayımına dayanmaktadır.⁶¹ Weber'in konuyla ilgili görüşünün, en azından tarihi tecrübe açısından çok

59 Bu kanunun konumuzla ilgili aile ve miras ile ilgili hükümleri şöyledir: *'Madde 13 – (1) Evlenme ehliyeti ve şartları, taraflardan her birinin evlenme anındaki milli hukukuna tâbidir. (2) Evliliğin şekline yapıldığı ülke hukuku uygulanır. (3) Evliliğin genel hükümleri, eşlerin müşterek milli hukukuna tâbidir. Madde 14 – (1) Boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri, eşlerin müşterek milli hukukuna tâbidir. (2) Boşanmış eşler arasındaki nafaka talepleri hakkında birinci fıkra hükmü uygulanır. Bu hüküm ayrılık ve evlenmenin butlanı hâlinde de geçerlidir. (3) Boşanmada velâyet ve velâyete ilişkin sorunlar da birinci fıkra hükmüne tâbidir. Madde 20 – (1) Miras ölenin milli hukukuna tâbidir. Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukuku uygulanır.'*

60 Amerika birleşik devletlerindeki uygulama için bkz. Reed, A., *Anglo-American Perspectives on Private International Law*, The Edwin Mellen Press, Lewiston, N.Y., 2003.

61 Weber, Max. *The Theory of Social and Economic Organisation*, Henderson, A. and Parsons, T. (tr.), Parsons, T. (edt.), Free Press, New York, 1968, s. 324-392.

isabetli olmadığı görülmektedir.⁶² Zira Osmanlı'da hem kararlar öngörülebilme- te hem de farklı bölgelerde bulunan yargıçlar aynı olaylarla ilgili benzer kararlar vermektedirler. Zira kadıların resmi olarak ellerinde bir kanun kitabı olmasa da Hanefi mezhebine ait kitaplar bulunmaktaydı.⁶³ Bu kitaplar kanun kitabı gibi yar- gıçlara yardımcı olmaktaydı. Müftü atama beratlarında da Hanefi mezhebine göre fetva vermek üzere atamaları yapıldığı görülmektedir. Yani hem müftüler hem de yargıçlar karar verirken tamamen serbest olmayıp Hanefi mezhebinin sahih görüşleri ile bağlıydılar.⁶⁴

Çok hukukluluk sisteminin tümünden kabulünün mümkün olmadığı iddia edil- se bile en azından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda 407-444 arasında düzenle- nen tahkim sisteminin İngiltere'de olduğu gibi aktif kullanılması mümkün olabi- lir. Başka bir ifade ile davaların hızlı şekilde sonlandırılması için en iyi çözümler- den birisi olan sulh yani uzlaşma anlayışına katkı sağlaması için tahkim sistemine işlerlik kazandırılabilir.⁶⁵ Hakemlerin devreye girdiği bu sistem genel olarak şöyle

-
- 62 Bu bağlamda Jennings, Weber'i eleştirmekte, kendi bulgularının Weber'i desteklemediğini, Weber'in Avrupa'nın kültürel üstünlük anlayışı ile hareket ettiğini, bunun da bilimsel bir değeri olmadığını ifade etmektedir. Gerber'de benzer ifadeler kullanılmaktadır. Jennings, R. C. 'Kadi, Court, and Legal Procedure in 17th Century Ottoman Kayseri', *Studia Islamica*, C. 48, (1978), s. 137 (footnote); Gerber, Haim, *State, Society, and Law in Islam: Ottoman Law in Comparative Perspective*, State University of New York Press, Albany, 1994, s. 42.
- 63 Ceza hukukunda kadıların, Fatih döneminden itibaren kanunname hükümlerini dikkate aldıkları, Sultan Süleyman zamanında kadıların ve mahkemelerin kanunnameler dağıtıldığı bazı araştırmacılar tarafından ifade edilmektedir. İslam hukukunun düzenlemediği veya ispat vasıtalarının ağırlığı nedeniyle tazir olarak farklı cezaların uygulanmasının gerekli olduğu alanlarda kanunnamelerin dikkate alındığı şeklinde kayıt koymak daha doğrudur. Örneğin, zina ile ilgili kanuni düzenlemede, 'idam/recm cezası uygulanmazsa', şeklinde kayıt bulunmaktadır. Buradan da anlaşılmaktadır ki, öncelikle İslam hukukunun hükmü esas alınacak, bu uygulanamazsa kanuni hüküm uygulanacaktır. Düzbakar, Ömer, 'Abortion In The Islamic-Ottoman Legal Systems', *Journal of the international Society for the history of Islamic medicine*, S. 5 (2006), s. 29 <http://www.ishim.net/ishimj/910/JISHIM%20NO.9%20PDF/05.pdf>, erişim tarihi: 23.1.2016; Heyd, Uriel, *Studies in old Ottoman Criminal Law*, The Clarendon Press, Oxford, 1973, s. 56, 95.
- 64 Kadılar, Hanefi mezhebinin sahih görüşleri ile hükmetmek şartıyla atanmışlardır. Molla Hüsrev'in (v. 885/1480) *Dürrü'l-Hükkâm fî şerhi Gureri'l-Ahkâm* adlı eseri ile İbrahim el-Halebî'nin (v. 956/1549) *Mülteka'l-Ebhur* isimli eseri mahkemeler için kararların dayanağı olmuştur. Zaman zaman Merğînânî'nin (v. 593/1197) *Hidâye* adlı eserine müracaat ettikleri mahkeme tutanaklarından anlaşılmaktadır. Uzunçarşılı, İsmail Hakkı, *Osmanlı Devletinin ilmiye Teşkilatı*, Türk tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1988, s. 115 (dipnot 1); Bayındır, Abdulaziz, *Osmanlı'da Yargının İşleyişi*, <http://www.suleymaniyevakfi.org/tarih-arastirmalari/osmanlida-yarginin-isleyisi.html>; Kılıç, Muharrem, 'Osmanlı fetva literatüründe gayrimüslimlere tanınan din ve ibadet özgürlüğü: Fetâvâyı Ali efendi örnekleme', *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 13, (2009), s. 63-82.
- 65 Osmanlı'da mahkemelerde bulunun şühûd'l-hâl'in bu amaca hizmet ettiği düşünülmektedir. Ayrıca, hakemler/muslihûn devreye girerek davaların kısa zamanda bitmesini sağlamışlardır. Bununla ilgili 5 Cumâd'l-ülâ 1127/9.5.1715 tarihli bir örnek şöyledir. Ruşen veledi Rayka adlı zimmiyi Ali oğlu Mehmed adlı bir kişi yaralayarak öldürür. Ölenin eşi Kersan davayı Rusçuk (Ruse) mahkemesine intikal ettirir. Ancak davalı inkar eder. Davacı şahit getirme aşamasında iken, muslihûn devreye girerek tarafları uzlaştırır ve davayı bitirir. *Bulgaristan St. St. Cyril and methodius milli kütüphanesi, R51, Verak 6B; Çiğdem, Recep,*

tanımlanmaktadır: “Bağımsız, tarafsız ve objektif bir üçüncü kişinin, aralarında uyuşmazlık bulunan tarafları bir araya getirerek, ortaklaşa bir çözüm bulmaları konusunda iletişim kurmalarını sağladığı ve aralarındaki uyuşmazlığı ya kendi kendilerine çözmeleri için onlara yardımcı olduğu ya da somut olayın özelliklerine göre onlara üzerinde fikir birliğine varabilecekleri çözüm önerileri sunduğu; tamamen gönüllülük esasına göre işlerlik kazanan ve devlet mahkemelerinde gerçekleşen yargılamaya göre seçimlik bir yol olarak uygulama alanı bulan uyuşmazlık çözüm yolları bütünüdür”⁶⁶

Alternatif çözüm yolu olarak avukatlara da bu yetki verilmiştir. Avukatlık kanununun 35/A maddesi şöyledir: ‘Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilâm niteliğindedir.’ Avukatların burada tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi sıfatıyla hareket etmeleri gerekmektedir.⁶⁷ Bu yetki sadece avukatlara verildiğinden,⁶⁸ başkaları tarafından yapılan sulh, ilâmlı icraya konu olamamaktadır.⁶⁹

Avukatların bu konuda yeterli donanıma sahip olup olmadıkları ile ilgili Alper şunları kaydetmektedir: “Burada üzerinde durulması gereken önemli konulardan biri de avukatların, söz konusu düzenleme uyarınca kendilerine verilen bu kurumsal görevi ve yetkiyi kullanabilmeleri bakımından, yeterli donanıma sahip olup olmadıklarıdır. Zira hukuk eğitiminde, avukatlık ve hakimlik staj dönemlerinde, sürekli çatışmacı yöntemlere vurgu yapılması, hukukçu olarak yetişen kişilerde, asıl olanın bu tür bir çatışmacı ve yargısal çözüm yoluna başvurmak olduğu düşüncesini

The Register of The Law Court of Istanbul 1612-1613: A Legal Analysis, Yayınlanmamış doktora tezi, Manchester Üniversitesi, 2001, s. 81-83; Bayındır, ‘Osmanlı’da Yargının İşleyişi’. Ayrıca bkz. Aslan, Nasi, *İslam yargılama hukukunda ‘şühûdü’l-hâl’ jüri: Osmanlı devri uygulaması*, Beyan Yayınları, İstanbul, 1999.

66 Bulur, ‘Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları’, s. 198. Hakem anlayışı için bkz. Biçkin, İnci, ‘Hakem sözleşmesi ve hakem yargılaması’, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-67-282>, erişim tarihi: 27.1.2016.

67 Bulur, ‘Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları’, s. 217.

68 Bulur, uzlaşma ile ilgili şu tavsiyeyi yapmaktadır: “Bir uyuşmazlıkta, en kötü sulh, en iyi davadan daha iyidir; hukuki özdeyişinden hareketle söylenebilir ki hukukçuların ve özellikle de avukatların, kendi önlerine gelen bir uyuşmazlıkta, hemen yargı organlarına başvurmayı tavsiye etmek veya yargı organlarına başvurulmuşsa bu süreci sürdürmek yerine, öncelikle anlaşma ve uzlaşmayı teşvik etmeleri daha yararlı olacaktır.” Bulur, ‘Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları’, s. 230.

69 Bulur, ‘Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları’, s. 227.

kuvvetlendirmektedir. Uyuşmazlığa düşmüş olan tarafları uzlaştırmak, onları ortak bir noktada ve her iki taraf için de optimum fayda sağlayacak bir sonuç etrafında birleştirmek, bir maharet, zaman ve sabır işidir. Türk hukukçuları ise, böyle bir maharet ve uzmanlık için yetiştirilmemektedirler. Bu nedenle, hukukçuların eğitimindeki bu eksikliğin giderilmesi amacıyla, hukuk fakültelerinin ders programlarına 'alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri', 'arabuluculuk – uzlaştırma' ve özellikle de 'müzakere teknikleri' üzerine dersler eklenmeli; ayrıca, hukukçular da mesleklerini icra ederken, çeşitli kurslarla bu konularda kendilerini geliştirmeli ve meslek içi eğitim almalıdırlar."⁷⁰ Buna ek olarak, avukatların hukuk eğitimine İslam hukuku derslerinin daha yoğun şekilde eklenmesi, onların bu alanda bilgi sahibi olmalarını ve davaların çözümüne katkı sağlamalarını kolaylaştırıcaktır. Zira halkın büyük çoğunluğu Müslüman olan ülkemizde, insanların bir kısmı sorunlarının İslam hukukuna göre çözümlenmesini istemektedir.

Türkiyede basılan fetva kitapları, sorunların çözümünde yol gösterici nitelikte olabilmektedir. Bunlar analiz edildiğinde, soru soran kişilerin sorunlarının çözümünde dini referanslara önem verdikleri görülmektedir.⁷¹ Başka bir anlatımla kişiler, sorunlarının çözümünde resmi hukukun dışında alternatif çözümler de aramaktadırlar. Örneğin, resmi boşanmayı yeterli görmeyenler dini olarak da boşanmanın gerçekleşmesini istemektedirler. Aynı durum evlilik için de geçerlidir.

Şanlıurfada "cemaate gidelim" anlayışı da bunun bir yansımasıdır. Şanlıurfada ticari veya ailevi sorunlar olduğunda hızlı çözüm yolu olarak dini bilgisi ve hayat tecrübesi olduğu düşünülen kişilere gidilmekte ve onların çözüm yoluna itibar edilmektedir. Bu bağlamda, Balıklıgöl civarında yer alan Fetva meclisi adıyla bilinen kurula sık sık başvuru yapılmaktadır. Her Çarşamba günü belli saatler arasında (ikinci ile akşam arası) kişilerin sorunları kurulda dinlenmektedir. Taraflar ve deliller hazırsa sorun çözümlenmekte, aksi halde tarafların birlikte gelmeleri ve delillerini sunmaları için süre verilmektedir. Bu kurul tarafından alınan kararların, fetva olarak yayımlanmasının planlandığı dile getirilmektedir.

Müftülere nikah kıyma yetkisinin verildiği⁷² bu dönemde başka bir öneri de

70 Bulur, 'Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları', s. 228-229.

71 Bu bağlamda şu esere bakılabilir: Güneç, Halil, *Günümüz meselelerine fetvalar*, İlim Yayınları, İstanbul, t.y.

72 5490 sayılı nüfus hizmetleri kanununun 22. Maddesinin 2. Fıkrasında yapılan değişiklik şöyledir: '(2) Evlendirme memuru; belediye bulunan yerlerde belediye başkanı veya bu işle görevlendireceği memur, köylerde muhtardır. Bakanlık, il nüfus ve vatandaşlık müdürlüklerine, nüfus müdürlüklerine ve dış temsilciliklere, il ve ilçe müftülüklerine evlendirme memurluğu yetkisi ve görevi verebilir.' Bu değişikliğin iptal talebiyle anayasa mahkemesine götürüleceği Cumhuriyet Halk Partisi yetkililerince dile getirilmiştir. Bu durumda konu anayasa mahkemesi tarafından değerlendirilecektir. Türk medeni kanununda evlilikle ilgili yeni bir düzenleme yapılmamış, iddia edildiği gibi, evlenme yaşında bir değişikliğe gidilmemiştir. Müftülüklerin yapacağı işlem, evliliğin tescili ve bunun ilgili makamlara bildirilmesidir. Müftüler de diğer memurlar

Müftülüklere hakem yetkisi verilmesidir. Bu durum kanaatimizce laikliğin ihlali olarak da değerlendirilmemelidir. Zira amaç, kişilerin sorunlarının en kısa zamanda uzlaşılı ile çözümlenmesidir. Bu durum, mahkemelerin gereksiz iş yükünden kurtulmasına da yardımcı olacaktır. Uzlaşılı yöntemi işe yaramadığında, mahkemeler her halükarda zaten devreye girecektir. Alper'in ifadesi ile *'devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümünü amaçlanmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları sınırlı değildir. Her ülke, kendi sosyal ve ekonomik gerçeklerini gözetererek, bu süreçlerden birini tercih edebileceği gibi, bunlardan birkaçını bir araya getirmek suretiyle karma yöntemler de oluşturabilir veya söz konusu yöntemler dışında başka yöntemler de geliştirebilir.'*⁷³

SONUÇ

Osmanlı farklı kültür, din, dil ve ırkları 6 asır gibi uzun süre bir arada tutabilmiş, bugün anarşinin ve mezhep kavgasının hüküm sürdüğü Ortadoğu'da uzun dönem barışı sağlayabilmiştir. Bunun altında yatan sebeplerin araştırılarak topluma ve devletlere sunulması, bölgemize yeniden barış ve huzurun gelmesine katkı sağlayacağı muhakkaktır. Barış ve huzurun temel nedenleri arasında, Osmanlı'nın halkın dini ve kültürel değerlerine saygı duyması, bu değerlerin hukuk sisteminde bir yere sahip olması ve böylece yargıya güveni tesis etmesi ve insanların rahat ve huzur içinde yaşamasını temin etmiş olması sayılabilir. Gerber'in deyiimi ile halk bir anlamda demokrasi kültürü ile yaşayabilmiştir.⁷⁴

Millet sistemi içerisinde her din ve kültür, bilhassa özel hukuk alanında kendi hukuk sistemini yaşatabilmiş ve dini ritüellerini rahatça yerine getirebilmiştir. Davalar en kısa sürede sonlandırılmış, gereksiz bürokrasinin önüne geçilmiş ve halkın hukuka ve devletine olan güveni sağlanmıştır. Bu durum halkın uzun dönem barış ve huzur içinde yaşamasını sağlayan belki de en önemli etkenlerden biri olmuştur.

gibi 657 ve diğer kanunlara tabi devlet memurlarıdır. Diğer memurların yapmış olduğu tescil işlemini yapmaktan başka bir görevleri bulunmamaktadır. Bunun laikliğe aykırılık teşkil ettiği yorumu, zorlama bir yorumdur. Anayasa mahkemesinin konuya bakış açısını vereceği karardan izleyebileceğiz. <https://www.cnnturk.com/son-dakika-chp-muftulere-nikah-yetkisi-veren-duzenlemeyi-anayasa-mahkemesine-gotur-uyor-erisim-tarihi:3.11.2017>.

73 Bulur, 'Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları', s. 199.

74 Gerber, Haim, *State, Society, and Law in Islam: Ottoman Law in Comparative Perspective*, State University of New York Press, Albany, 1994, s. 42; Gür, A. R. *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle: Hukuk Sosyolojisi ve Felsefesi Üzerine Bir Kalem Denemesi*, Çeltut Matbaası, İstanbul, t.y. s. 7-10.

Halkın ülkesine aidiyetini arttıracığını düşünerek İngiltere’de de benzer bir uygulama başlatılmış ve hakem sistemi genişletilerek, özel hukuk alanında Yahudilere, Müslümanlara kendi dinlerine uygun çözümler üretebilmesine imkan tanınmıştır. Bu anlayış, laikliğe zarar veriyor şeklinde yorumlanmamıştır. Aksine demokratik kuralların, din ve vicdan özgürlüğünün bir gereği olarak yorumlanmaktadır.

Ülkemizde hukuk ve adalete güvenin devam etmesi; basit, ucuz ve hızlı şekilde hukuki sorunların çözümlenebilmesi için hakem ve uzlaşma anlayışının geliştirilmesi, avukatlara verilen yetkinin çözüm üretebilecek İktisadi ve İdari bilimler fakültesi mezunları ile sosyoloji, psikoloji, ilahiyat ve benzeri sosyal alanları kapsayacak şekilde genişletilmesi uygun olabilir.

İnter disiplinler çalışma alanlarının geliştirilmesi, Sosyoloji-Hukuk, İlahiyat-Hukuk, İdari bilimler-Hukuk, Hukuk-Toplum bilimler, Hukuk-Halkla ilişkiler, Sosyoloji-İlahiyat vb. yan dal eğitiminin teşvik edilmesi de hukuki sorunların çözümünde farklı uzmanlık alanlarının katkı sağlaması bağlamında faydalı olacaktır.

الحق وأنواعه في الفقه الإسلامي

الدكتور أحمد البراء فيض الله *

مستخلص: يتحدث هذا البحث عن الحق وأنواعه في الفقه الإسلامي وقد قسم الفقهاء الحق إلى أنواع عدة وباعتبارات مختلفة فأساس هذه الحقوق هي حق الله تعالى وحق العبد وتمخض عن هذا الأساس تقسيمها باعتبار الهالية وعدمها وباعتبار المحل ومن حيث قابليتها للأسقاط وعدمه ومن حيث انتقالها إلى الورثة وعدمه وهناك أنواع من الحقوق المستحدثة وتسمى الحقوق المعنوية كحق الاسم التجاري والملكية الفكرية .

الكلمات المفتاحية: الحق، الهالية، العين، شخصي، المنافع.

İslam Hukukunda Hak ve Çeşitleri

Özet: Fukaha muhtelif görüşlerle hakları çeşitli şekillere taksim etmiştir. Bu hakların esası ise Allah hakkı ve kul hakkıdır. Bu temel ise mali olan veya olmayan, durumuna göre iskāt edilen veya edilemeyen bundan dolayı verasete mahal olan veya olmayanları ortaya çıkarmıştır. Ayrıca günümüzde ticari isim veya kişisel fikir olarak ortaya çıkan ve manevi haklar olarak isimlendirilen çeşitli yeni hak şekilleri de bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hak, Mâli, Asli, Özel, Menfaât.

المقدمة

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد:
لقد حرص الإسلام على أداء الحقوق والأمانات إلى ذويها لأنها متعلقة بالذمة، ولا تبرأ هذه الذمة إلا بالأداء أو الإبراء
وصاحب الحق أحق بحقه من حيث التصرف فيه أو التنازل عنه كله، أو بعضه بعوض أو
بغير عوض

وقد قسم الفقهاء الحقوق باعتبار صاحبها إلى نوعين: حق الله وحق العبد
وهذان النوعان تنفرع عنهما حقوق أخرى تسمى الحقوق المشتركة بين الله وبين العبد
فبعضها يتغلب فيها حق الله على حق العبد وبعضها يتغلب حق العبد على حق الله.

كذلك قسموها باعتبار الهالية والتعلق بالأموال وعدم الهالية وإلى اعتبار محلها إلى حق شخصي وحق عيني، ومن حيث قابليتها للإسقاط وعدمه، ومن حيث انتقالها إلى الورثة وعدمه. وبعبارة أخرى يمكن أن نلخصها إلى أربعة اعتبارات رئيسية: باعتبار صاحبه: حق الله وحق العبد. وباعتبار موضوعه: الحق الهالي وغير الهالي وباعتبار انتقاله: الحق المربوط بصاحبه غير القابل للانتقال والحق القابل للانتقال وباعتبار تأييد القضاء: الحق القضائي والحق الدياني. أما الفقهاء المعاصرون فقد استحدثوا أنواعاً من الحقوق لم يتعرض لها الفقهاء الأولون كالحقوق المعنوية: كحق المفكر في إنتاجه الفكري، وحق المؤلف في أبحاثه التي ألفها، وحق المخترع في الآلة التي ابتكرها إضافة إلى حق الاسم التجاري أو العلامة التجارية وحق الإخلاء.

وهي من الحقوق الجديدة التي بُحثت على أسس شرعية وأصبح لها في العرف المعاصر قيمه ماليه يعتد بها شرعاً ولا يجوز الاعتداء عليها، ولأصحابها حق التصرف فيها ونقل أي منها بعوض مالي أو غير مالي ومن المسائل المهمة التي بحثتها مسألة الحقوق والمنافع هل تعد أمراً؟..

وخلاف الفقهاء في ذلك لاختلافهم في تعريف المال وكيفية استيفاء هذه الحقوق:

أرجو أن أوفق في حصر أهم أنواع الحقوق وحظها من التداول والوثوق، ومدى قبولها في الشرع، ومبلغ اعتبار العرف لها.

تعريف الحق لغة واصطلاحاً:

الحق لغة: خلاف الباطل، وهو مصدر حق الشيء يحق إذا ثبت ووجب، ويطلق على المال والملك والموجود الثابت الذي لا يسوغ إنكاره، ويقابله الباطل^(١)

الحق في عرف الفقهاء: عرف الأستاذ الزرقا الحق تعريفاً جامعاً مانعاً يظهر فيه معنى الحق في عرف الفقهاء حيث يقول: الحق: بأنه اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً^(٢)، والحق

١ المصباح المنير والقاموس المحيط: مادة (حق) - والتعريفات للبرجاني: ص ١٢٠.

٢ الوسيط في شرح القانون المدني، (نظرية الالتزام): ص ١١، السنهوري - وعرفه السنهوري بأنه: مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون. انظر مصادر الحق، السنهوري، (٥/١).

في عرف الفقهاء له مدلول واسع حيث يطلق على الحقوق الخلقية مثل حق المسلم، وحق الجار، وحق الصاحب. وعلى الحقوق المالية، ويطلق كذلك على ما يقابل الأعيان والمنافع المملوكة كحق الشفعة، وحق الحضانة، والولاية وغير ذلك. والتعريف السابق للحق يشمل ملك العين، والمنفعة، والحقوق الفكرية، وغير ذلك.

- فالإسلام قيد الأفراد في استعمال حقوقهم بمراعاة مصلحة غيرهم وعدم الإضرار بمصلحة الجماعة، فليس استعمال الحق مطلقاً وإنما هو مقيد بما يفيد المجتمع ويمنع بعدم الضرر عن الآخرين⁽³⁾، والحق في الشريعة يستلزم واجبين:

- واجب عام على الناس باحترام حق الشخص وعدم التعرض له.

- وواجب خاص على صاحب الحق بأن لا يتعسف في استعمال حقه أي لا يستعمل حقه بحيث لا يضر بالآخرين⁽⁴⁾.

- ويقسم الحق إلى تقسيات عدة باعتبارات مختلفة أذكر في هذا المبحث الأنواع التي تتعلق بالأموال والأعيان والمنافع:

انواع الحق

ينقسم الحق إلى أنواع باعتبارات مختلفة يمكن أن نلخصها في أربعة اعتبارات:

- تقسيم الحق لاعتبار صاحبه:

- تقسيم الحقوق باعتبار حق الله وحق العبد

- حق الله تعالى (أو الحق العام):

وهو كل ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد من الناس، ونسبته إلى الله تعالى قصد بها الإعلاء من شأنه، وحق الله تعالى شامل للمصلحة الأخروية والدينية، ولا يخرج عنه إلا المصلحة الدنيوية الخاصة. ومن أمثلة ما يتعلق به النفع العام: الكف عن الجرائم

٣ الدر المختار: (٢٦٨/٤) - بدائع الصنائع: (٧/٦) - مجمع الضمانات: (ص ٢١٧) - وانظر الحق في الشريعة الإسلامية: د. محمد طوموم ص (٨٩/١) - نظرية الضمان: د. وهبة الزحيلي: ص ١١٤.

٤ المدخل إلى نظرية الالتزام: للأستاذ الزرقا ص ١١ وما بعدها - وانظر الفقه الإسلامي وأدلته: (١٠/٤) ..

وتطبيق العقوبات وصيانة المرافق العامة، وكذلك العبادات المختلفة من الصلاة والصيام والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. وحكمها: لا يجوز إسقاطها أو التنازل والعتفو عنها⁵ ولا تنتقل إلى الورثة ويجري فيها التداخل أي التوحيد ويجوز فيها الاحتياط وينفذ عقوبة الحد في العبد نصف الحر ويطبّق العقوبات التي تتعلق بحقوق الله من قبل الامام - حق الإنسان (أو العبد):

وهو ما يقصد منه حماية مصلحة الشخص، سواء أكان الحق عاماً كالحفاظ على الصحة والأولاد والأموال. أم كان خاصاً، كمرعاية حق المالك في ملكه، وحق البائع في الثمن والمشتري في المبيع، وبدل المتلفات، فهذه الحقوق ليس للنظام العام دخل فيها لأنها تتعلق بالأفراد، وهي بهذه المثابة قريبة من المسائل التي ينظمها القانون الخاص في القوانين الوضعية وحكم هذا الحق أنه يجوز لصاحبه التنازل عنه، وإسقاطه بالعتفو أو الصلح أو الإبراء، ويجري فيه التوارث، واستيفاءه منوط بصاحب الحق أو وليه⁶ ولا يجري فيه التداخل ولا ينخفض في العبد إلى النصف.

والجدير بالذكر أن كل حق للعبد فيه حق لله تعالى. فمن استدان من شخص مالاً، فقد أمره الله تعالى بالوفاء، وحق الله تعالى عليه أن يطيع أمره، وحق الدائن عليه أن يوفيه دينه، وعلى هذا فإن حق العبد مقدم على حق الله تعالى في الوفاء، لأن حق الله تعالى ليس فيه إلا حق الله تعالى، أما حق العبد فقد اجتمع فيه حق الله تعالى وحق العبد، ولأن الله تعالى غني عن هذا الحق، أما العبد فإنه محتاج إلى هذا الحق.

- تقسيم الحقوق باعتبار موضوعها

تنقسم الحقوق باعتبار موضوعها إلى المالية وعدم المالية:

- الحقوق المالية: وهي التي تتعلق بالأموال، ويستعاض عنها بهال، مثل الأعيان والمنافع، كحق البائع في الثمن والمشتري في المبيع، وحقوق الارتفاق، وحق الخيار، وحق المستأجر

٥ المدخل إلى الفقه الإسلامي: محمد سلام مذكور ص ٤١٦ - وانظر الفقه الإسلامي وأدلته: (١٣/٤) - مفهوم الحق بين الشريعة والقانون: بحوث الندوة التي نظمتها كلية الشريعة والقانون سلطنة عمان من ٢٦-٢٨ ذي الحجة ١٤٢٠ هـ الموافق ١-٣- أبريل ٢٠٠٠ م ١٢٠.

٦ المراجع السابقة: - الموسوعة الفقهية الميسرة: ص ٧٥٦..

في السكنى.

- الحقوق غير المالية: وهي التي تتعلق بغير المال مثل حق القصاص، وحق المرأة في الطلاق، وحق الحضانة، وحق الولاية على النفس، ونحوها من الحقوق السياسية والطبيعية⁽⁷⁾ ونفيد أن هناك بعض الحقوق التي تأخذ الطابع المالي لكنها لا تتعلق بالأموال كالمهر والنفقة حيث يتعلق المهر بالزواج أو الدخول، وكلاهما ليس مالاً، وكذلك النفقة، حيث تستحق الزوجة النفقة على زوجها، جزاء احتباسها لحق الزوج ومنفعته. فالنفقة حق مالي، ولكنه يستحق ويتعلق بما ليس مالاً، وهو احتباسها لحق الزوج.

ووجدت بعض الحقوق لا تأخذ الطابع المالي، لكنها تتعلق بالأموال ولكن لا يجوز الاستعاضة عنها بمال، مثل الشفعة فمع كونه حقاً غير مالي، ولا يستعاض عنه بمال، إلا أنه يتعلق بالأموال لأن الشفعة تتعلق بالعقار، وهو مال بالإجماع⁽⁸⁾.

- تقسيم الحقوق باعتبار محلها إلى:

- الحق الشخصي (أو الالتزام): هو مطلب يقره الشرع لشخص على آخر، وهذا الحق يكون متعلقاً:

- تارة قياماً بفعل ذي قيمة لمصلحة صاحب الحق كحق البائع في تسلم الثمن وحق المشتري في تسلم المبيع، وحق الإنسان في الدين وبدل المتلفات والمغصوبات.

- وتارة امتناعاً عن فعل مناف لمصلحته، كحق المودع على الوديع في عدم استعمال الوديعة⁽⁹⁾.

- الحق العيني: وهو ما يقره الشرع لشخص على شيء معين بالذات. فالعلاقة القائمة بين صاحب الحق وشيء مادي معين بذاته، والتي بموجبها يمارس المستحق سلطة مباشرة على

٧ المدخل إلى نظرية الالتزام العامة: للأستاذ الزرقا ص ١٧ - وانظر الفقه الإسلامي وأدلته: (١٨/٤) - الحق في الشريعة الإسلامية: د. محمد طوموم (١٨٥/١) ١٢٠.

٨ الحق في الشريعة الإسلامية: د. محمد طوموم ص (١٨٥/١) بتصرف..

٩ المدخل إلى نظرية الالتزام العامة ص للأستاذ الزرقا ١٩ - وانظر الفقه الإسلامي وأدلته: (١٩/٤) - مفهوم الحق بين الشريعة والقانون: ص ٤٧.

الشيء هي الحق العيني. مثل حق الملك الذي من عناصره:

- الانتفاع بالعين المملوكة.

- الانتفاع بالغلة والثمار والنتاج وهذا هو الاستغلال.

- التصرف في العين.

وكذلك حق الارتفاق المقرر لعقار على عقار معين كحق المرور أو المسيل، وحق احتباس

العين المرهونة لاستيفاء الدين⁽¹⁰⁾.

- تُقسم الحقوق من حيث قابليتها للإسقاط وعدمه:

- حقوق قابلة للإسقاط: وهي حق العبد بشرط أن لا يكون ذلك الحق عيناً، فلا يجوز

لأحد أن يسقط ملكيته عن ثيابه أو بستانه من غير أن يملكها لأحد، يريد به زوال ملكه فهو

باطل، لأن الأعيان لا تقبل الإسقاط.

أما الدين فيجوز إسقاطه والاعتياض عنه سواء أكان الدين ثمن مبيع، أم كان مسلماً

فيه، كما يجوز إسقاط كل الدين يجوز إسقاط بعضه، وكذلك المنافع يجوز إسقاطها سواء

أكان المسقط مالاً للرقبة أو المنفعة، أم كان مالاً للمنفعة فقط، ومن ذلك الاختصاص

بمقاعد الأسواق كتخليه عن مقعده المقرر له في السوق، ويجوز إسقاط الحق المطلق - وهو

ما ليس بعين ولا دين ولا منفعة - كحق الشفعة، وحق الخيار، وحق القصاص، وحق

الأجل ونحوها⁽¹¹⁾.

- حقوق غير قابلة للإسقاط:

كالحقوق التي لم تجب بعد، مثل إسقاط الزوجة نفقتها المستقبلية التي لم يدخل وقتها،

والحقوق التي اعتبرها الشارع وصفاً ذاتياً لصاحبها لازماً له لا ينفك عنه مثل إسقاط الأب

والجد حقهما في الولاية على الصغير، والحقوق التي يغير الإسقاط فيها الأوضاع الشرعية

١٠ المراجع السابقة..

١١ المدخل للفقهاء الإسلاميين: محمد سلام مذكور: ص: ٤٢٣ - الحق في الشريعة الإسلامية: (١٠٤/١) - والموسوعة الفقهية الميسرة: ص

٧٥٧ - والموسوعة الفقهية: (٢٧/١٨).

مثل إسقاط الواهب حقه في الرجوع في الهبة، والمانع هنا أن الإسقاط فيه تغيير لحكم الشرع، والحقوق التي يكون للآخرين حق فيها مثل: إسقاط الحاضنة حقها في الحضانة، وذلك لأن للصغير حقاً في الحضانة⁽¹²⁾

- تُقسم الحقوق من حيث انتقالها إلى الورثة وعدمه:

- حقوق تنتقل إلى الورثة بعد موت صاحبها:

كالمال الحقيقي، وهو ما يتعين بالتعيين، ويتعلق الحق بذاته وبعينه، سواء أكان عقاراً أم منقولاً أم أحد النقدين، والمال الحكمي، وهو ما ثبت في الذمة، ولا يتعين إلا بالقبض، مثل: الديون، والدية، وكذلك الحقوق المقررة على عقار، مثل حق الشرب، وحق المجرى، وحق المسيل، وحق المرور، وبعض ما يتعلق بالمال من حقوق، مثل حق حبس الرهن إلى سداد الدين، وحبس المبيع حتى يدفع الثمن، ولأن الورثة يرثون المال، ويرثون كل ما يتعلق بالمال تبعاً له.

- حقوق لا تنتقل إلى الورثة بعد موت صاحبها:

وهي التي تكون متعلقة بشخص الميت، كالولايات العامة والخاصة، والأمانات، والوكالة⁽¹³⁾

لأنها حقوق شخصية، ارتبطت بالشخص وحده دون غيره لصفات معينة فيه، ولأن الورثة لا يرثون فكر مورثهم ولا شهوته، فلا يرثون ما يتعلق بهذه الأمور، ضرورة أن ما لا يورث بذاته لا يورث ما يتعلق به⁽¹⁴⁾.

الحقوق المعنوية

وهي عند القانونيين وأدراجها ضمن تقسيمهم للحق المالي إلى حق عيني، وحق شخصي، وحق معنوي، نسبة إلى المعنى، والمعنوي خلاف الهادي والمقصود منها الحقوق

١٢ المدخل للفقه الإسلامي لمحمد سلام مذكور: ص ٤٢٤.

١٣ الحق في الشريعة الإسلامية د. محمد طوموم: (١٧٣/١) - المدخل للفقه الإسلامي لمحمد سلام مذكور: ص ٤٢٤ - الموسوعة الفقهية الميسرة: ص ٧٥٨

١٤ المدخل للفقه الإسلامي لمحمد سلام مذكور: ص ٤٢٥ - وانظر الموسوعة الفقهية: (٣٧/١٨)

غير الهادية والحقوق المعنوية: هي حقوق ترد على شيء غير عادي، كحق المفكر في إنتاجه الفكري، وحق المؤلف في أبحاثه التي ألفها، وحق المخترع في الآلة التي ابتكرها، وحق التاجر في الاسم الذي وضعه لمحله التجاري، أو العلامة التي اتخذها له.

- وعند النظر في كتب الفقه والأصول لا نجد هذا الاسم، وإن كان المحتوى محققاً، فقد سهاها الأستاذ مصطفى الزرقا « حقوق الابتكار » إلا أنه أخص من المطلوب لأن « الابتكار » يوحى بتخصيص هذه الحقوق بما فيه الابتكار والإبداع فقط دون الأدبيات والأسماء التجارية والصناعية. وكون هذا المصطلح جديداً لا يمنع من اعتباره، وذلك لأن محل الملك في نظر الفقه الإسلامي أعم من كونه مادياً أو غير مادي، وبهذا الاعتبار تدخل هذه الحقوق في الملكية وفي المال عند جمهور الفقهاء ما عدا الحنفية، ولا يؤدي دخولها إلى أي مخالفة لنص ولا لقاعدة، ولا لمقاصد الشريعة وقواعدها⁽¹⁵⁾. وسيأتي ذكر مذاهب الفقهاء في اعتبار الحقوق المعنوية هل تعد أموالاً أو لا تعد⁽¹⁶⁾.

ومن أمثلة الحقوق المعنوية:

- حق التأليف وحق براءة الاختراع:

اتفقت دول العالم على حماية حق المؤلف في الكتاب الذي ألفه، فقد جاء في المادة (27) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: ” إن لكل فرد الحق في حماية المصالح الأدبية والمادية المترتبة على إنتاجه العلمي والأدبي والفني ”.

- وحق التأليف وحق براءة الاختراع يتمثلان في أمرين:

- حق معنوي، وهو حق المؤلف في نسبة الكتاب أو البحث إليه أبداً، وحق المخترع في نسبة الاختراع إليه أبداً.

- حق مادي، وهو حقها في المردود الهادي الهالي الذي يدره هذا الكتاب أو هذا المخترع ما بقي المؤلف والمخترع حياً.

١٥ بحوث في فقه المعاملات الحالية المعاصرة: د. علي قره داغي: ص ٤٠٠ وما بعدها - المعاملات الحالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة: د.

محمد وراس قلعه جي: ص ١٢٩ - مفهوم الحق بين الشريعة والقانون: ص ٦٣.

١٦ سوف يأتي ذكره فيما بعد.

- وأجاز الفقهاء المعاصرون حق المؤلف في كتابه، وحق المخترع في اختراعه، وهذا الحق يتمثل في جواز استثمار أفكاره وجواز بيعها، وأخذ العوض عنها، ومنع غيره من سرقتها.⁽¹⁷⁾ واستدلوا بما يلي:

- ومن المعلوم في الفقه الإسلامي أن الإنتاج الهادي مال، فيقاس عليه الإنتاج المعنوي، لأن كلاً منها ثمرة جهد الإنسان.

- وكذلك أن الأعيان كالطائرة والسيارة أموال، ولكن هذه الأعيان كانت في الأصل أفكاراً فهي نتاج الأفكار، وإذا كان الفرع مالاً - كالسيارة - فلا بد وأن يكون الأصل مالاً.

- جرمت الشريعة إسناد القول لغير قائله، بقطع النظر عما إذا كان لهذا القول نتاج مادي أو ليس له نتاج مادي.

- إن المصلحة تقتضي إقرار حق التأليف، وإلا سيحجم كثير من الباحثين عن التأليف، ويحجم التجار عن الإقدام على نشر الكتب، لأن ما ينشرونه من الكتب سيسرقه ناشر آخر عن طريق التصوير وبيعه بسعر أقل من النسخة الأصلية.

- إن النظام العالمي اليوم يقر حق التأليف، ومخالفة هذا النظام العالمي سيؤدي إلى مشكلات بين الفقه الإسلامي والأنظمة القائمة اليوم في جميع دول العالم، والإسلام ينتهج قاعدة المعاملة بالمثل في القضايا الدولية⁽¹⁸⁾.

- حق الاسم التجاري أو العلامة التجارية:

وهو ما يجعله المرء علماً على مؤسسته أو شعاراً تُعرف به، وقد يكون ذلك اسماً أو يكون صورة، ليمنع تقليد منتجاته، أو ليقصده الزبائن دون غيره.

وأنظمة العالم اليوم تحمي هذه الأسماء والشعارات التي يتخذها التجار أو المزارعون لمؤسساتهم أو شركاتهم، وأصبحت تعتبرها مالاً يباع ويشترى كما تباع أية سلعة أو تشتري⁽¹⁹⁾.

- بل إن كثيراً من الدول العظمى تسعى جاهدة إلى بسط نفوذها من خلال الاسم

١٧ المعاملات الحالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة د. محمد رواس قلعه جي، بتصرف: ص ١٢٩ وما بعدها - وبحوث في فقه المعاملات المعاصرة د. علي قره داغي: ص ٤٠٢.

١٨ المصدر نفسه، بتصرف: ص ١٢٩ وما بعدها - وبحوث في فقه المعاملات المعاصرة د. علي قره داغي: ص ٤٠٣.

١٩ المعاملات الحالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة د. محمد رواس قلعه جي: ص ١٣١.

التجاري أو العلامة التجارية لتسيطر على بعض جوانب الاقتصاد في الدول الصغيرة من خلال العروض التي تقدمها في تلك البلاد والتي تضارب بها وتنافس الاقتصاد المحلي لتسيطر على تلك البلاد اقتصادياً. وبه صار للاسم التجاري قيمة مالية، لأنه حق ينتفع به، وكل ما ينتفع به فهو مال، وجاز لصاحبه أن يبيعه أو يتنازل عنه لغيره.

- ويؤكد ذلك ما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الخامس حيث نص على ما يلي:

الاسم التجاري والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع أو الابتكار هي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتموّل الناس لها، وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً، فلا يجوز الاعتداء عليها.

- يجوز التصرف في الاسم التجاري، أو العنوان التجاري، أو العلامة التجارية، ونقل أي منها بعوض مالي إذا انتفى الغرر والتدليس والغش باعتبار أن ذلك أصبح حقاً مالياً.

- حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصنونة شرعاً، ولأصحابها حق التصرف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها⁽²⁰⁾

- حق الإخلاء:

الإخلاء: هو تفرغ المحل - من بيت أو دكان أو غيرهما من ساكنه.

والخلو: هو عدم وجود ساكن في المكان، وصار يطلق اليوم على البديل الذي يقبضه مَنْ يده على الشيء حتى يفرّغه ويرفع يده عنه، أو هو تنازل المرء عن حقه بعوض.

- أما حقيقة الخلو: فهو بيع للحق الذي يملكه المرء، وهذا الحق هو: حق المالك في إخلاء المستأجر في نهاية مدة الإجارة، أو حق المستأجر في البقاء في العقار المستأجر حتى نهاية مدة الإجارة⁽²¹⁾.

٢٠ قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الخامس المنعقد في الكويت من ١-٦ جمادى الأولى، الموافق ١٠-١٥ كانون الأول لسنة ١٩٨٨ م..
٢١ المعاملات المالية المعاصرة د. محمد رواس قلعه جي: ص ١٣٣ - بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة د. علي قره داغي: ص ٤١٦ - الفقه الإسلامي وأدلته: (٧٥١/٤).

- وقد عرض هذا الموضوع على مجمع الفقه الإسلامي في دورته الرابعة عام ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٧ م وصدر عنه القرار التالي:

- تنقسم صور الاتفاق على بدل الخلو إلى أربع صور، هي:
- أن يكون الاتفاق بين مالك العقار وبين المستأجر عند بدء العقد.
- أن يكون الاتفاق بين المستأجر وبين المالك، وذلك في أثناء مدة عقد الإجارة أو بعد انتهائها.
- أن يكون الاتفاق بين المستأجر وبين مستأجر جديد، في أثناء مدة عقد الإجارة أو بعد انتهائها.
- أن يكون الاتفاق بين المستأجر الجديد وبين كل من المالك والمستأجر الأول قبل انتهاء المدة أو بعدها.
- إذا اتفق المالك والمستأجر على أن يدفع المستأجر للمالك مبلغاً مقطوعاً زائداً عن الأجرة الدورية وهو ما يسمى في بعض البلاد خلواً، فلا مانع شرعاً من دفع هذا المبلغ المقطوع على أن يعد جزءاً من أجرة المدة المتفق عليها، وفي حال الفسخ تطبق على هذا المبلغ أحكام الأجرة.
- إذا تم الاتفاق بين المالك وبين المستأجر أثناء مدة الإجارة على أن يدفع المالك إلى المستأجر مبلغاً مقابل تخليه عن حقه الثابت بالعقد في ملك منفعة بقية المدة، فإن بدل الخلو هذا جائز شرعاً، لأنه تعويض عن تنازل المستأجر برضاه عن حقه في المنفعة التي باعها للمالك.
- أما إذا انقضت مدة الإجارة، ولم يتجدد العقد صراحة أو ضمناً عن طريق التجديد التلقائي حسب الصيغة المفيدة له، فلا يحل بدل الخلو، لأن المالك أحق بملكه بعد انقضاء حق المستأجر.
- إذا تم الاتفاق بين المستأجر الأول وبين المستأجر الجديد أثناء مدة الإجارة على أن التنازل عن بقية مدة العقد لقاء مبلغ زائد عن الأجرة الدورية، فإن بدل الخلو هذا جائز شرعاً مع مراعاة مقتضى عقد الإجارة المبرم بين المالك والمستأجر الأول، ومراعاة ما تقتضي به القوانين النافذة الموافقة للأحكام الشرعية.
- بعد ذكر هذا التفصيل في أنواع الحقوق وأقسامها، لا بد من بيان مسألة الحقوق والمنافع باعتبارها أشياء غير مادية، هل تعد مالاً أو لا. وإن كانت مالاً فكيف يمكن قبضها أو استيفائها؟.

مسائل متعلقة بالحقوق وأنواعها

المسألة الأولى: هل تعد الحقوق والمنافع أموالاً؟

اختلف الفقهاء حول هذه المسألة، وسبب خلافهم في ذلك هو اختلافهم في تعريف المال:

- ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنها تعد مالاً، لإمكان حيازتها بحيازة أصلها ومصدرها، ولأنها لا تتراد لذاتها في الغالب، وإنما تتراد لمنفعتها، لأن المنفعة هي المقصودة من الأعيان وماليتها، وإذا كان المال من خصائصه الحيازة، فالمنافع يمكن حيازتها بحيازة الأشياء التي هي مصدر هذه المنافع والموصلة إليها، فقامت العين مقام المنفعة في حيازتها وورود العقد عليها⁽²²⁾.

ويظهر هذا القول في تعريفهم للمال، فقد عرفوه بأنه: « ما كان منتفعاً به وهو إما أعيان أو منافع، ولا يقع اسم المال إلا على ماله قيمة يباع بها وتلزم متلفه » والعرف هو أساس مالية الأشياء لأنه هو الذي به يتحدد ما للشيء من قيمة وكذلك تعلق النفوس به⁽²³⁾.

فالأشياء المعنوية تدخل في مسمى المال لأن لها قيمة بين الناس ومباح الانتفاع بها شرعاً، وقد قام الاختصاص بها، فيمكن أن تكون نوعاً من أنواع الملك، وعلى ذلك فإنها تقع عليها العقود الناقلة للملكية وتضمن بالغصب وتورث والمال محل للملك سواء كان عيناً أو منفعة⁽²⁴⁾.

- وذهب الحنفية: إلى أن المنفعة ملك، وليست مالاً، لأنها لا تدخر لوقت الحاجة، وإنما تفوت بمضي الزمن، فهي تخالف طبيعة المال، وحصروا المال في الأشياء أو الأعيان المادية أي التي لها مادة وجرم محسوس، وذلك لأن المال عندهم ما يمكن إحرازه وحيازته والانتفاع به، والمنافع أو الحقوق ليست كذلك.

٢٢ حاشية الدسوقي: (٤٤٢/٣) - الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ٢٥٨ - شرح منتهى الإرادات: (٢٤٨/٢) - إلا أن الخطيب الشربيني اعتبر المنفعة ليست مالاً في الحقيقة كالعين، وإنما يطلق عليها مجازاً وتوسعاً. انظر مغني المحتاج: (٢/٢).

٢٣ الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ٢٥٨.

٢٤ حاشية ابن عابدين: (٣/٤ - ١٠٠) - والمبسوط: (٧٨/١١) - وانظر دراسة شرعية لأهم العقود المستحدثة: د. محمد الشقيطي: (٧٠٣/٢) - الحق في الشريعة الإسلامية د. محمد طوموم: ص ٩٦ - المدخل للفقه الإسلامي: د. سلام مذكور ص ٤٢٤ - الفقه الإسلامي وأدلته: (٤٢/٤).

فالحقوق لا تورث عند الحنفية كالحق في خيار الشرط أو خيار الرؤية خلافاً للجمهور؛ لأنها مجرد رغبة ومشية إلا ما كان منها حقاً لعقار على عقار كما في الشرب والمرور ففيها الحق لا يتعلق بالأشخاص، ولذا فهو دائم لازم للعقار صاحب الحق، والحق الثابت للعين ينتقل إلى ورثة من له الحق⁽²⁵⁾.

- وكذلك الإجارة تنتهي بموت المستأجر عند الحنفية؛ لأن المنفعة ليست مالاً حتى تورث خلافاً للجمهور فإنها تنتهي بانتهاء مدتها.

والراجع - فيما يبدو - هو ما ذهب إليه الجمهور من اعتبار الحقوق والمنافع أموالاً، لأنه المتفق مع عرف الناس وأغراضهم ومعاملاتهم، فهم يستعيضون هذه المنافع بالنفيس من أموالهم، ولذا صح أن تكون محلاً للعقد، وفي ترك المنافع وعدم اعتبارها مالاً إهدار للحقوق وضياع للمصالح، فالأعيان لا تقتنى لذاتها بل لما اشتملت عليه من منافع⁽²⁶⁾ ولكن لا تشترط الحياة الهادية لها لأن ذلك غير ممكن، فحيازتها تكون بحيازة محلها التي قامت بها، وكذلك بالنسبة للحقوق إلا فيما لا يتعلق بالمال كالوكالة والولاية.

المسألة الثانية: كيفية استيفاء الحقوق:

لصاحب الحق أن يستوفي حقه بكل الوسائل المشروعة:

- فحق الله يُستوفى بأداء العبادات على الوجه الذي شرعه الله، فإن كان الحق مالياً كالزكاة أخذ الحاكم جبراً عنه ووزعه في مصارفه، وإن كان الحق غير مالي حمله الحاكم على فعله بما يملك من وسائل كالحبس والتغريم. وكذلك استيفاء حق الله تعالى في منع الجرائم والمنكرات وإلحاق العقوبة بمن ينتهكها ويستوفيهها ولي الأمر أو نائبه بعد إصدار الحكم القضائي بها منعاً من التظالم وإثارة الفتن والعداوات، وشيوع الفوضى وانهايار المجتمع.

أما حق الإنسان (العبد) ففيه أقوال للفقهاء فصلها كما يلي:

- ذهب الحنفية والشافعية إلى جواز استيفاء صاحب الحق لحقه بنفسه، وبأي طريق، سواء أكان من جنس حقه أم من غير جنسه، فله أخذ حقه استقلالاً، ولو كان على غير مقر

٢٥ المدخل للفقه الإسلامي لمحمد سلام مذكور: ص ٤٢٥ - والفقه الإسلامي وأدلته: (٤٣/٤).

٢٦ دراسة شرعية لأهم العقود الهائلة المستحدثة د. محمد الشنقيطي: (٧٠٧/٢).

ممتنع، أو على منكر ولصاحب الحق عليه بينة، وذلك دون حاجة إلى الرفع للقضاء؛ لأن في الرفع إلى القضاء مؤونة ومشقة وتضييع زمان⁽²⁷⁾.

- إلا أن الحنفية قالوا: له أن يأخذ بقدر حقه إن كان نقداً أو من جنسه، أما إن كان المال عرضاً فلم يجوز، لأن أخذ العوض عن حقه اعتياض، ولا تجوز المعاوضة إلا بالتراضي. لكن المفتى به اليوم عندهم جواز الأخذ من جنس الحق أو من غيره، وذلك لعلة فساد الذمم والمماطلة في وفاء الدين⁽²⁸⁾ وكلام ابن عابدين فيه أكثر من وجه حيث يرى ان القاضي هو الذي يأخذ الحق وفي شرحه يقول بأن اذن القاضي غير ملزم⁽²⁹⁾

ولعل التوفيق في هذا الراي يرجع الى حصول المنازعات وحجمها فان أدى الى وقوع منازعات كبيرة تؤدي الى مفسدة فالأمر للقاضي وإذا كان هناك مأمّن عن المنازعات فانه يأخذ الحق بنفسه

. واستدلوا بذلك بما يلي:

- قوله تعالى: « وَجَزَاءً سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا »⁽³⁰⁾.

- وقوله تعالى: « وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ »⁽³¹⁾.

- وقوله - ٢ - ” من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به ”⁽³²⁾

- وذهب المالكية في المشهور عندهم والحنابلة إلى عدم جواز استيفاء صاحب الحق لحقه بنفسه، وإنما يستوفيه بواسطة القضاء. فإن أخذ من ماله شيئاً بغير إذنه لزمه رده إليه، وإن كان قدر حقه، لأنه لا يجوز له أن يملك عليه عيناً من أعيان ماله بغير اختياره لغير ضرورة، وإن كانت من جنس حقه، لأنه قد يكون للإنسان غرض في العين. وإن كان مانعاً له بغير حق، وقد على استخلاصه بالحاكم أو السلطان لم يجوز له الأخذ أيضاً بغير السلطان أو الحاكم.

٢٧ حاشية ابن عابدين: (٢٠٠/٣) - (٤٣/٤) - مغني المحتاج: (١٦٢/٤) - المغني: (٢٣٠/١٢)

٢٨ حاشية ابن عابدين: (٤٣/٤).

٢٩ حاشية ابن عابدين: (٤٤/٤).

٣٠ سورة الشورى: (٤٠).

٣١ سورة النحل: (١٢٦).

٣٢ رواه البخاري في كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض والوديعة فهو أحق به: (٨٤١/٢) برقم (٢٢٧٢) - ومسلم في كتاب المساقاة باب: من أدرك ما باعه عند المشتري، وقد أفلس، فله الرجوع فيه: (١١٨٦/٣) برقم (١٥٥٩).

وإن لم يقدر على ذلك لكونه جاحداً له، ولا بينة له به، أو لكونه لا يجيبه إلى المحاكمة ولا يمكنه إجباره على ذلك، فهذا هو المشهور في مذهب المالكية حيث ركز المالكية على انه ليس له أخذ قدر حقه بنفسه، وهو إحدى الروايتين عن مالك⁽³³⁾. ويذهب القرافي الى جواز لكل من ظفر بحقه أو بجنسه أن يأخذه بغير علم خصمه خلافاً للمشهور من مذهب مالك⁽³⁴⁾.
واستدلوا لذلك بما يلي:

- بقول النبي - ﷺ - ”أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تحن من خانك”⁽³⁵⁾ فمتى أخذ منه قدر حقه من ماله بغير علمه فقد خانته.

- ولأنه إن أخذ من غير جنس حقه كان معاوضة بغير تراض، وإن أخذ من جنس حقه فليس له تعيين الحق بغير رضا صاحبه. ولأن كل ما لا يجوز له تملكه إذا لم يكن له دين لا يجوز له أخذه إن كان له دين، كما لو كان باذلاً له⁽³⁶⁾.

والراجع - فيما يبدو - هو ما ذهب إليه الحنفية والشافعية من جواز استيفاء صاحب الحق لحقه بنفسه سواء أكان من جنس ماله أم من غير جنسه وذلك لفساد الذمم والمماطلة في وفاء الديون، فمن وجد عين حقه عند آخر مالاً أو عرضاً وكان ماطلاً في رده أو جاحداً الدين، فيباح له باتفاق الفقهاء أخذه ديانة لا قضاء للضرورة

أما بالنسبة لنفقة الزوجة إن امتنع الزوج عن الإنفاق عليها، فلها أن تأخذ ما يكفيها، لأنها تراد لإحياء النفس وإبقاء المهجة، وكذلك أجازها المانعون لأنها مما لا يصبر عليه، وذلك لقول النبي - ﷺ - ”خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف”⁽³⁷⁾.

٣٣ الشرح الكبير للدردير: (٣٣٥/٤) - القوانين الفقهية: ص ٣٠٧ - الفروق: (٢٠٨/١) - المغني: (٢٣٠/١٢) - كشاف القناع: (٣٤٣/٣).

٣٤ الفروق: (٢٠٨/١)

٣٥ رواه أبو داود والترمذي والحاكم من حديث أبي هريرة وصححه الحاكم في مستدرکه: (٥٣/٢) - انظر تلخيص الخبير: (٩٧/٣) برقم (١٣٨١) كتاب الودیعة.

٣٦ المغني: (٢٣٠/١٢).

٣٧ رواه البخاري في كتاب القضاء - باب من رأي للقاضي أن يحكم بعلمه في أمر الناس - (٢٦١٧/٦) برقم (٦٧٤١).

الخاتمة

بعد تعريف الحق وأنواعه المختلفة والتعرض للحقوق المعاصرة التي ذكرتها توصل البحث الى أهم النتائج التالية:

1. الحق هو اختصاص يقرر به الشرع سلطه أو تكليفاً
2. كل حق للعبد فيه حق لله تعالى وحق العبد مقدم على حق الله في الوفاء.
3. يوجد بعض الحقوق تأخذ الطابع الهالي لكنها لا تتعلق بالأموال كالمهر والنفقة ويوجد بعض الحقوق لا تأخذ الطابع الهالي لكنها تتعلق بالأموال كالشفعة.
4. حقوق العبد قابلة للإسقاط بشرط أن لا يكون الحق عيناً، فالدين يجوز إسقاطه وكذلك المنافع وإسقاط الحق المطلق كحق الشفعة.
5. يوجد حقوق لا تقبل الإسقاط مثل إسقاط الأب والجد حقها في الولاية على الصغير والحقوق التي يغير الإسقاط فيها الأوضاع الشرعية مثل إسقاط الواهب حقه في الرجوع في الهبة.
6. الحقوق التي تنتقل الى الورثة تتعين بالتعيين كالمال الحقيقي ويتعلق الحق بهاله وعينه سواء أكان عقاراً أم منقولاً أو المال الحكمي مثل الديون والدية.
7. الحقوق التي لا تنتقل إلى الورثة لأنها متعلقة بشخص الميت كالولايات العامة والخاصة والوكالة لأنها حقوق شخصية ارتبطت بالشخص وحده دون غيره.
8. الحقوق المعنوية استحدثها الفقهاء المعاصرون كحق الابتكار والإبداع والأسماء التجارية والصناعية.
9. أجاز الفقهاء المعاصرون حق المؤلف في كتابه أو المخترع في اختراعه، وله الحق في المردود الهادي، وجواز استثمار أفكاره وجواز بيعها.
10. الاسم التجاري او العلامة التجارية من الحقوق الهالية الخاصة لأصحابها يجوز التصرف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها.
11. حق الإخلاء أو بدل الخلو جائز شرعاً إذا كان هناك اتفاق بين المالك وبين المستأجر أثناء مدة الإجارة.
12. تعد الحقوق والمنافع أموالاً، وتصح أن تكون محلاً للعقد، ولا تشترط الحيابة الهادية لها.
13. يجوز استيفاء صاحب الحق حقه بنفسه، سواء أكان من جنس ماله أم من غير جنسه.

BİR FİNANSMAN YÖNTEMİ OLARAK İSTİCRÂR AKDİ*

Yrd. Doç. Dr. Temel KACIR**

Özet: Tarihi süreçte insanlık birçok satış akdine şahit olmuştur. Bu akitlerden, hukukun tayin ettiği şekilsel şartlara haiz olanlar olduğu gibi bu şartların tam teşekkül etmediği akitler de bulunmaktadır. Bunlardan biri olan isticrâr akdi, ortaya çıktığı andan itibaren hem hukukî tasavvuru hem de hukukî sonucu itibariyle tartışma konusu olmuştur. Bu akdin, özellikle sürekli finansman ihtiyacının karşılanmasında yeni bir enstrüman olarak kullanılmasının finans sektörü bakımından önem arz ettiği anlaşılmaktadır. Finans sektöründe tekrar eden işletme sermayesi ihtiyaçlarının karşılanmasında önerilen isticrâr modellerine bir katkı sunması hedeflenen bu makalede, klasik dönem fakihlerinin isticrâr akdine yönelik tasavvurları dikkate alınarak akit teorisi bakımından problemleri yönleri incelenmiş ve istihsan metoduyla cevaz veren fakihlerin bu akdi temellendirmesi konu edinilmiştir. Ayrıca bir finansman yöntemi olarak önerilen isticrâr akdinin yapısı ve klasik isticrâr akdine mutabık olup-olmadığı tartışılmıştır. Yapılan inceleme neticesinde önerilen isticrâr modelinin, klasik isticrâr akdinden farklı yeni bir akit türü olduğu ve bunun maslahat prensibi bağlamında ele alınması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İslamî Finans, Akit, İsticrâr, İstihsan, Ma'dûm.

Bai-Istijrar As a Method of Financig

Abstract: Humanity has witnessed many sales contracts in the historical process. With-in these contracts, as there are these having the formal conditions determined by law, there are too these that these conditions have not be formed in full. *Bai-istijrar* form these second contracts have been the subject of discussion in terms of both its legal concept and its legal result since the moment it appeared. It is understood for that this contract especially use as a new instrument in supplying the needs of continuous financing to be of importance for the finans sector. In this article, we have aimed to contribute the models of *istijrar* suggested for supplying the needs of recurring operational capital in the finance sector, and analyzed the problematic aspects of *istijrar* in terms of contract theory by considering the classical *fuqaha*'s concepts about it, and dealt with how *fuqaha* allowing to *istijrar* by istihsan grounded it. Besides we have discussed the structure of *istijrar* suggested as a method of financing and whether it is compatible with the classical *istijrar* or not. In consequence of this research, it is deduced from that the model of *istijrar* suggested is a new type of contract which differs from the classical *istijrar* and that this new type has to be dealt with in the context of the principle of *maslaha*.

Keywords: Islamic Finance, al-Akd, al-Istijrar, al-Istihsan, al-Ma'dûm.

* Bu makale, İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi, İstanbul Üniversitesi ve Sakarya Üniversitesi tarafından 15-16 Temmuz 2017 tarihleri arasında İstanbul'da düzenlenen "IV. Uluslararası İslam Ekonomisi ve Finans Kongresi"nde sunulan aynı başlıklı bir tebliğe dayanmaktadır.

** Manisa Celal Bayar Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi, temel_kacir@hotmail.com

GİRİŞ

İhtiyaç olgusuyla paralel bir gelişme gösteren akit teorisini standart kalıplarla sınırlandırmak mümkün gözükmemektedir. Hukuk/fıkıh metinleri tarafından düzenlenen ve içeriğine uygun olarak isimlendirilen akitler olduğu gibi hukuk metinleri tarafından düzenlenmediği halde toplumun ihtiyacı olarak ortaya çıkan ve tarafların akit serbestliği çerçevesinde özgür iradeleri ile oluşturdukları akitler de bulunmaktadır. İsimsiz akitler olarak literatüre geçen bu tür akitler, sonradan fukaha tarafından özel isimlerle adlandırılmış ve hakkında fikhî değerlendirmeler yapılmıştır.¹

Bu akitlerden biri olan *isticrâr* akdi, hukukun düzenlediği normal satım akdi-ne benzememektedir. Zira *isticrâr* akdinde, mal alındığında belli bir bedel ile icap kabul yapılmamakta ya da para teslim edildiğinde mal alınmamakta veya tayin edilmemektedir. Her iki durumda da mahsuplaşma sonradan gerçekleşmektedir. Hukukî düzenlemelere aykırı olan bu akit, öteden beri insanların günlük ihtiyaçlarını karşılamada başvurulan bir yoldur. Akit yapmadan ve fiyatını bilmeden mahalle bakkalından veya manavından ihtiyaç oldukça alış veriş yapmak, gazete ve dergiye abone olmak ya da ihtiyaçları kolayca temin etme adına mahalle bakkalına belli bir miktar para bırakarak bu yolla ihtiyaçları temin etme ve bunların her birinde mahsuplaşmayı ise sonradan gerçekleştirme gibi eylemlerin tamamı *isticrâr* akdinin örneklerindedir. Yerleşmiş bu tür uygulamalara değişik isim veren klasik fukaha, fıkhîteki mevcut akit modelleri üzerinden çözüm üretmiş ve böylece bunları meşruiyet zeminine çekmeye gayret etmiştir.

Günümüzde kişi ya da kurumların özellikle tekrar eden işletme sermayesi ihtiyaçlarını finanse etmede faizli bankalara alternatif olarak İslamî Finansın *isticrâr* akdini bir enstrüman olarak uygulaması/uygulayabileceği² tartışılmaktadır. Böylece İslamî banka, müşterinin tekrar eden ihtiyacını tedarikçiden temin edecek ve müşteriye finansal destek sağlamış olacaktır. Ancak banka, müşteri ve tedarikçi firma arasında gerçekleşecek olan *isticrâr* akdi ile ilgili ileri sürülen muhtemel uygulamalar, klasik *isticrâr* modeline yeni unsurlar eklemektedir. Bu durum, genel ku-

1 Zerkâ, Mustafa, *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-âmm*, Dârü'l-Kalem, Dimaşk 2004, I, 632.

2 Bazı ülkelerde İslamî Finansa kısmen uygulama alanı bulan *isticrâr* akdi, ülkemizde Kuveyt Türk Katılım Bankasının raporlarında zikredilmiş olmasına rağmen henüz tam anlamıyla uygulanmaya başlanmamıştır. Hatta konuyla ilgili Türkiye Katılım Bankaları Birliğinin 2015 yılı raporunda Türkiye Katılım Bankaları Birliği bünyesinde kurulan Faizsiz Finans Ürünleri Geliştirme Komitesi'nin yurtdışı piyasalarda kullanılmakta olan *isticrâr* gibi ürünlerin Türkiye'de uygulanabilirliğini araştırıp 2016 yılı Haziran ayına kadar konuyla ilgili bir rapor hazırlaması talep edilmiştir. Yetkililerden aldığımız şifahi bilgilere göre bu rapor henüz sonlandırılmamıştır.

rallara aykırı olan ve istisnâ uygulama kabul edilen klasik isticrâr akdinin, İslamî finans sektöründe uygulanan/uygulanacak modern isticrâr akdine referans olmasını da tartışmalı hale getirmektedir. Konuyla ilgili İslam ülkelerinde bazı çalışmalar yapılmış³ olsa da ülkemizde henüz bir çalışma yapıldığı tespit edilememiştir.

Bu çalışma isticrâr akdinin klasik dönem uygulama şekillerini fikhî temellendirilmeleriyle birlikte ortaya koyarak, İslamî finans sektöründe muhtemel uygulama şekilleri ve meşruiyet dayanaklarını analiz ederek bir sonuca varmayı hedeflemektedir.

1. İSLAM HUKUKUNDA İSTİCRÂR AKDİ

1.1. İsticrâr Akdinin Tanımı

C-r-r kökünden türeyen isticrâr kelimesi sözlükte, “çekmek, sürüklemek, borcu geciktirmek” anlamlarına gelir.⁴ İstilahta “Kişinin ihtiyacı olan şeyleri satıcıdan peyderpey alıp, daha sonra parasını ödemesi”⁵ şeklinde tanımlanan isticrâr akdini Ali Haydar Efendi (ö.1935), “Pazarlık edilmeksizin ve semen beyan olunmaksızın bakkal misillü esnaftan yağ, pirinç, nohut ve tuz gibi erzak alıp da ba'de'l-istihlâk muhasebe ederek semeni te'diye etmek”⁶ şeklinde tanımlamıştır. Çağdaş fakihlerden Muhammed Takî el-Osmânî, “Müşterinin her defasında akit yapmaksızın

-
- 3 Konuyla ilgili yapılan çalışmalardan tespit edebildiklerimiz şunlardır. Mısri, Refik Yunus, *Beyül-isticrâr ta'rîfuhu ve işkalâtuhü*, Hıvarül'erbîa' fî Merkezi Ebhâsi'l-İktisâdî'l-İslâmî bi Câmîati'l-Melik Abdilaziz, 1427/2006, Eşkâr, Usame Ömer, *Akdü'l-isticrâr suveruhu-ahkâmuhu-tatbikâtuhü*, Katar tsz., Takî Osmânî, Muhammed, *Buhûs fî kadâya fikhîyye muâsıra*, Dârü'l-Kalem, Dımaşk 2013, I, 56-70; Lâhim, Üsâme b. Humûd Muhammed, *Bey'üd-deyn ve tatbikâtühü'l-muâsıra fî'l-fikhî'l-İslâmî*, Benkü'l-bilad, Darü'l-Meyman, Riyad 2012, I, 611-612; Abdullah, Muhammed, Financial Engineering with Islamic Options, *Islamic Economic Studies*, Vol. 6, No. 1, November 1998, 73-103; Ayrıca konuyla ilgili iki yüksek lisans, bir doktora tezi tespit edebildik. Yüksek lisans tezlerine ulaşabildik, fakat doktora tezinin içeriğine ulaşamadık. Bunlar şunlardır. Şebîb, Abdulaziz b. Muhammed b. Hamd, *Bey'ül-isticrâr ve tatbikâtühü'l-muâsıra*, (Yüksek Lisans Tezi), Camiâtü'l-İmam Muhammed b. Suûdü'l-İslamiyye, Kısmü'l-fikhî'l-mukaren, Riyad 1430-1431; Cabullah, Heniyye, *Bey'ül-isticrâr fiş-şeriâti'l-İslamiyye ve tatbikâtühü'l-muâsıra*, (Yüksek Lisans Tezi), Camiâtü'ş-şehid Hama lahzar el-Vadi, Kısmü'ş-şeriâ', 2015-2016; Müsaide, Ahmed Salih, *Bey'ül-isticrâr ve tatbikâtühü fî'l-mesârifi İslamiyye*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Camiâtü'l-Yermük, Külliyyetü'ş-Şeriâ' Kısmü'l-İktisad, Ürdün 2011; Karadağı, Ali Muhyiddin, <http://www.qaradaghi.com/chapterDetails.aspx?ID=293#sthash.qm3fi4jI.dpuf>; <http://www.qaradaghi.com/chapterDetails.aspx?ID=294>.
- 4 İbn Fâris, Ebül-Hüseyn, *Mu'cemü mekâyisü'l-lüğa*, (thk. Abdüsselam Muhammed Harun), Dârü'l-Fikr, yy. 1979, I, 412; Eşkâr, *Akdü'l-isticrâr*, s. 5; Heyet, *el-Mevsâatü'l-Fikhîyye*, Vüzaretü'l-evkaf veş-şuûni'l-İslamiyye, Kuveyt 1987, IX, 43-47.
- 5 Haskefi, Alâuddîn, *ed-Dürrü'l-muhtar*, (Reddü'l-muhtar ile birlikte), Dârü'l-Fikr, Beyrut, 1992, IV, 516; İbn Abidin, Muhammed Emin, *Haşiyetü Reddî'l-muhtar*, Dârü'l-Fikr, Beyrut, 1992, IV, 516; Zekerıyyâ el-Ensârî, Ebu Yahya, *Esnâ'l-metâlib şerhu Ravzati't-tâlib*, (thk. Muhammed ez-Zuhrî el-Ğamrâvî), Matbaatü'l-Meymeniyye, Mısır 1313, II, 3.
- 6 Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, Matbaat-i Tevsii tıbaat, İstanbul 1330, I, 328.

ihtiyacı olan malı satıcıdan peyderpey almasıdır”⁷ şeklinde tanımlamıştır. Mezkûr tanımın ön ödemeli isticrâr akdini kapsamadığını ifade eden Usame el-Eşkâr ise, “Kişinin ihtiyacı olan şeyleri satıcıdan peyderpey alması, parasını önceden ya da vadeli olarak ödemesidir”⁸ şeklinde bir tanım yapmıştır.

Yapılan tanımlar farklı açılardan tenkit edilmiş olsa da,⁹ isticrâr akdine yönelik tasavvurlar dikkate alındığında efradını cami‘ ağyarını mani‘ bir tanım yapmak oldukça zor gözükmemektedir. Bu nedenle olsa gerek fakihler, isticrâr akdinin tanımından daha ziyade fikhî şekilleri ve hükmü üzerinde durmuş, olayı muhatabın zihnine yaklaştırma amacına yönelik olarak farklı tanım denemeleri de yapmışlardır.¹⁰

Hanefi¹¹ ve Şafîiler¹² tarafından isticrâr akdi olarak isimlendirilen bu akit, Malikîler tarafından “bey‘atü ehli‘l-Medine”,¹³ İbn Teymiyye (ö.728/1328) ve İbn Kayyim (ö.751/1350) tarafından ise “el-bey‘ bimâ yenkatı‘ ‘aleyhi‘s-sîr”¹⁴ şeklinde isimlendirilmiştir. Bu isimlendirmeler isticrâr akdinin bazı şekillerine uygun olsa da, bu akde yönelik tasavvurların tamamıyla birebir örtüştüğünü söylemek mümkün gözükmemektedir.¹⁵

1.2. İsticrâr Akdinin Kısımları

İsticrâr akdi temelde iki kısma ayrılır.

1-Ön ödemeli isticrâr: Müşterinin pazarlık ya da akit yapmaksızın satıcıya önceden belli bir miktar parayı verip, ihtiyacı olan şeyleri peyderpey alması ve mahsuplaşmanın ise sonradan yapılması.¹⁶

7 Takî Osmâni, *Buhûs fî kadâya fıkhiyye*, I, 56.

8 Eşkâr, *Akdü‘l-isticrâr*, s. 7.

9 Yapılan tanımların eleştirisi için bkz. Mısri, *Beyü‘l-isticrâr*, s. 15.

10 Mısri, *Beyü‘l-isticrâr*, s. 15; Eşkâr, *Akdü‘l-isticrâr*, s. 5.

11 İbn Nuceym, Zeynüddin, *el-Bahru‘r-râik şerhü Kenzî‘d-dekâik* (İbn Abidin’in haşiyesiyle birlikte), Dârü‘l-Kütübî‘l-ilmiyye, Beyrut 1997, V, 434; İbn Abidin, *Haşiyetü Reddî‘l-muhtar*, IV, 12.

12 Cemal, Süleyman b. Amr, *Haşiyetü‘l-Cemel ala şerhi‘l-Menhec*, Dârü İhyai‘t-türasi‘l-arabî, Matbaatü‘l-Meymeniyye, Mısır 1305, III, 13; Remli, Şemsüddin, *Nihayetü‘l-muhtaç ilâ şerhi‘l-Minhâc*, Dârü‘l-Kütübî‘l-ilmiyye, Beyrut 2003, III, 375.

13 Aliş, Muhammed, *Şerhü Minehi‘l-celil ala Muhtasari‘l-allâme Halil*, Dâru Sadır, Kahire 1299, III, 36; Sahnûn, *el-Müdevvenetü‘l-kübra*, Dârü‘l-Kütübî‘l-ilmiyye, Beyrut 1994, III, 314.

14 İbn Teymiyye, Takiyyüddin Ahmed, *Nazariyyetü‘l-akd*, Dâru’s-sünneti‘l-Muhammediyye li‘t-tibaa‘, Kahire tsz. 220-224; a.mlf., *Mecmuâtü‘l-fetâvâ*, (tahrir: Amir el-Cezzar- Enver el-Baz), Dârü‘l-Vefa, Mansura 2005, XXIX, 189; İbn Kayyim el-Cevziyye, Şemsüddin Muhammed b. Ebi Bekr, *İ‘lâmü‘l-muvakk‘in ‘an rabbi‘l-âlemîn*, (thk. Muhammed Abdüsselam İbrahim), Dârü‘l-Kütübî‘l-ilmiyye, Beyrut 1991, IV, V.

15 Kısmı farklar için bkz., Eşkâr, *Akdü‘l-isticrâr*, s. 8.

16 Takî Osmâni, *Buhûs fî kadâya fıkhiyye*, I, 66.

2-Sonradan ödemeli isticrâr: Müşterinin pazarlık ya da akit yapmaksızın ihtiyacı olan şeyleri satıcıdan peyderpey alması ve mahsuplaşmanın ise sonradan yapılması.¹⁷

1.3. İsticrâr Akdine Yönelik Tasavvurlar

İsticrâr akdine yönelik farklı tasavvurlar ortaya konmuştur.¹⁸ Bunların bazı- larında tedahül bulunduğu, bazılarında ise akit teorisi bakımından herhangi bir problem bulunmadığı için biz burada yalnızca akit teorisi bakımından problemlili olanları zikredeceğiz.

1-Müşterinin akit ve pazarlık yapmaksızın fiyatını bildiği malları ihtiyacı ol- dukça peyderpey alması, daha sonra mahsuplaşmanın yapılması. Ekmeğin 1 tl olduğunu bilen müşterinin bakkaldan her gün ihtiyacı kadar ekmek alıp, ödemeyi ay sonunda yapması gibi.

2-Müşterinin akit ve pazarlık yapmaksızın fiyatını bilmediği malları ihtiyacı oldukça peyderpey alması, daha sonra mahsuplaşmanın yapılması. Zeytinyağının ne kadar olduğunu bilmeyen müşterinin bakkaldan ihtiyacı oldukça zeytinyağı alıp, ödemeyi ay sonunda yapması gibi.

3-Müşterinin -akit anında alacağı malın ismini zikretmiş olsa da- malı tayin etmeden satıcıya belli bir miktar para vererek ihtiyacı olan malları peyderpey al-ması, daha sonra mahsuplaşmanın yapılması. 10 Kilo pirinç alacağını söyleyen müşterinin satıcıya 100 tl verip, daha sonra her hafta 2 kilo pirinç alması gibi.

4-Müşterinin akit yapmadan satıcıya belli bir miktar para vererek ihtiyacı olan malların fiyatını bilerek peyderpey alması, daha sonra mahsuplaşmanın yapılması.

5-Müşterinin akit yapmadan satıcıya belli bir miktar para vererek ihtiyacı olan malların fiyatını bilmeden peyderpey alması, mahsuplaşmanın ise piyasa fiyatına göre müşterinin parasından yapılması.

6- Müşterinin ne alacağını belirttiği halde fiyatını konuşmadan satıcıya belli bir miktar para verip, daha sonra verdiği para tükenene kadar ihtiyacı olan şeyleri piyasa fiyatına göre peyderpey alması.

7-Tarafların alınacak malın miktarı ve fiyatında anlaşmışları halde, müşterinin ihtiyacı oldukça malı peyderpey alması, parayı ise sonradan ödemesi.

17 Haskefi, *Dürrü'l-muhtar*, IV, 516; Takî Osmânî, *Buhûs fî kadâya fıkhyyye*, I, 57.

18 Farklı şekiller için bkz. "İsticrâr", Mv. F., IX, 43-47; Mısrî, *Beyû'l-isticrâr*, s. 18-19; Eşkâr, *Akdü'l-isticrâr*, s. 9-18; Lâhim, *Beyû'd-deyn*, I, 611-612.

1.4. İsticrâr Akdine Yönelik Tasavvurların Kritiği

1.4.1. Akit Sîgası Bakımından

Akdin geçerli olmasını lafza indirgeyenlere göre isticrâr akdi, sîga bakımından problemlidir. Zira isticrâr akdinde icap kabul bulunmamaktadır. Bu problemi dikkate alan fakihlerden bazıları akitle ilgili lafız kullanılmadan fiili mübadele olarak gerçekleşen isticrâr akdini, teâti kapsamında değerlendirmiştir.¹⁹ Hanefî mezhebinde teâti yoluyla gerçekleşen satım akdinin sadece değeri düşük mallarda geçerli kabul edileceğine dair Kerhî'nin (ö.340/952) görüşü bulunsa da Hanefî, Malikî ve Hanbelî mezheplerine göre tarafların rızasını tam olarak gösterir nitelikte gerçekleşen teâti yoluyla, satım akdi meydana gelmiş kabul edilir.²⁰ Şafî mezhebinin meşhur görüşüne göre ise teâti yoluyla gerçekleşen satış geçerli değildir.²¹ Ancak uygulamayı dikkate alan bazı Şafî fakihleri teâti akdini mutlak olarak, bazıları ise değeri düşük mallarda caiz kabul etmiştir.²²

Akit sîgasının kullanılmaması bakımından teâti akdine benzerlik gösteren isticrâr akdi, bütün yönleriyle eşit değildir. Zira isticrâr akdinde fiyatın bilinip bilinmeme ihtimali söz konusu iken, teâti yoluyla satışın geçerliliği müşteri tarafından fiyatın bilinmesi şartına bağlıdır.²³ Buna göre isticrâr akdinin teâti kapsamında değerlendirilmeyeceği açıktır. Akdin geçerli olmasını lafza indirgemeyenler bakımından isticrâr akdi, lafız/sîga bakımından bir sorun teşkil etmemektedir.

1.4.2. Satışa Konu Olan Şeyin Fiyatının Bilinmemesi Bakımından

Fıkıhta semen/para, satım akdinin temel gereklerinden biri olarak kabul edilmiştir. Hanefîlere göre semen, satış akdinin sıhhat şartı;²⁴ Malikî, Şafî ve

19 Remli, *Nihayetü'l-muhtaç*, III, 375; Nevevî, Ebû Zekerîyya Muhyiddin, *el-Mecmu' şerhu'l-Mühezzeb*, (thk. Muhammed Bahît el'Muti), Mektebetü'l-İrşad, Cidde tsz., IX, 192.

20 İbn Abidin, *Haşiyetü Reddi'l-muhtar*, IV, 513-514; Hattab, Ebû Abdullah Şemseddin, *Mevahibü'l-celil li şerhi Muhtasarı Halîl*, Dârü Kütüb'l-ilmîyye, Beyrut 1995, VI, 13; İbn Kudame, Muvaffakuddin, *el-Muğni*, (Şerhü'l-Kebîr ile birlikte), Dârü'l-Fikr, Beyrut tsz. IV, 5-6.

21 Nevevî, *Mecmu'*, IX, 190-193.

22 Gazzâlî, Ebû Hamid, *İhyâu ulûmü'd-din*, Dârü İbn Hazm, Beyrut 2005, 509-511; Nevevî, Ebû Zekerîyya, *Ravzatü't-talibîn*, (thk. Adil Ahmed Abdülmevcud-Ali Muhammed Muavvaz), Dârü Alemi'l-kütüb, Beyrut 2003, III, 5.

23 Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 269; Desûkî, Şemsüddin, *Haşiyetü ed-Desûkî aleş-Şerhi'l-Kebîr*, Dârü İhyâi'l-kütüb'l-arabiyye, III, 3; İbn Kudame, *Muğni*, IV, 5-6; Şirbinî, Hatib, *Muğni'l-muhtâc ila ma'rifeti meânî'l-elfazi'l-Minhac*, Dârü'l-Ma'rife, Beyrut 1997, II, 7.

24 Kâsânî, Ebû Bekr Alaeddin, *Bedâiü's-sanâi' fi tertibiş-şerâi'*, (thk. Adil Ahmed Abdülmevcud-Ali Muhammed Muavvaz), Dârü Kütüb'l-ilmîyye, Beyrut 2003, VI, 593; İbn Abidin, *Haşiyetü Reddi'l-muhtar*, IV, 505.

Hanbelîlere göre ise satış akdinin rûknüdür.²⁵ Bu nedenle akit anında semenin miktar ve niteliğinin taraflar açısından bilinmesi gerekmektedir. Semen belirlenmediği akit Hanefîlere göre fasit; Maliki, Şafiî ve Hanbelîlere göre ise batıldır. Bu bağlamda isticrâr akdinde problem olarak görülen husus, -ister ön ödemeli ister sonradan ödemeli olsun- müşterinin fiyatını bilmediği bir malı tüketmesidir. Bu problemin çözümünde üç farklı yaklaşım ileri sürülmüştür. a-Fiyat tespiti- nin piyasaya bırakılması. b-Fiyat tespitinin satıcıya bırakılması. c-Fiyat tespitinin mahsuplaşma anında tarafların anlaşmalarına bırakılması.

a-Fiyat tespitinin piyasaya havale edilmesi ki; bu el-bey' bimâ yenkatî 'aleyhi's-sîr, el-bey' bi semeni'l-misli, el-bey' bi's-sîri'l-müte'âref 'aleyh ya da el-bey' bi'r-rakm²⁶ şeklinde ifade edilmiştir. Taraflar akit meclisinde piyasa ya da etiket fiyatını bildikleri takdirde -fiyatı zikretmeseler dahi- bu akdin geçerli olacağı ittifakla kabul edilmiştir.²⁷ Bilinmediğinde ise fıkıhçıların çoğunluğuna göre bu akid fasittir. Zira "Ey iman edenler, karşılıklı rızaya dayanan ticaret olması hariç, mallarınızı batıl (haksız ve haram yollarla) yemeyin"²⁸ ayetinde akitlerde rızanın gerekli olduğu bildirilmiştir. Fiyatın bilinmemesi ise rızayı etkileyen unsurlardandır. Zira fiyat yüksek olduğunda müşteri, düşük olduğunda ise satıcı razı olmayacak ve bu durum tarafları anlaşmazlık ve çekişmeye götürecektir. Yine fiyatın bilinmemesi Hz. Peygamber tarafından yasaklanan garar²⁹ kapsamında değerlendirilmiştir.³⁰

Fakihlerden bazıları ise, tarafların akid anında piyasa fiyatını bilmemiş olsalar dahi yapılan akdin fiyatı piyasada farklılık arz etmeyen mallarda geçerli olacağı görüşündedirler.³¹ Zira bu tür uygulamalar naslarda yasaklanmamış, aksine örf

25 İbn Rüşd, Ebû'l-Velid, *Bidayetü'l-müctehid ve nihayetü'l-muktasid*, (thk. Ferid Abdülaziz el-Cündî), Dârü'l-Hadis, Kahire 2004, III, 189; Nevevî, *Ravza*, III, 31; Buhûti, Mansur b. Yunus, *Keşşâfü'l-kma' an metni'l-ikna'*, (thk. Muhammed Emin Zinnavi), Alemü'l-Kütüb, Beyrut 1997, II, 481; Ceziri, Abdurrahman, *el-Fikh ale'l-mezahibi'l-erbaa*, Çağrı Yayınevi, İstanbul 1986, II-III, 163-168.

26 el-Bey' bi'r-rakm: Malın üzerindeki müşteri tarafından miktarı bilinmeyen etiket fiyatından yapılan satış. Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimler Sözlüğü*, Ensar Neşriyat, İstanbul 2010, s. 54; İbn Kudame, *Muğni*, IV, 285; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 382.

27 İbn Abidin, *Haşiyetü Reddî'l-muhtar*, IV, 529, 541; Nevevî, *Mecmu'*, IX, 404; Merdâvî, Ali b. Süleyman, *el-İnsaf fi ma'rifeti'r-racih mine'l-hilaf*, (thk. Muhammed Hamid el-Fakî), Matbaatü es-sünnetü'l-Muhammediyye, yy. 1956, IV, 310.

28 Nisa 4/29.

29 Müslim, "Büyü", 2.

30 Serahsî, Ebû Bekir Muhammed, *Kitâbu'l-mesbût*, Çağrı Yay., İstanbul 1982-83; XIII, 7; Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi'*, VI, 595; Desûki, *Haşiyetü ed-Desûki*, III, 15; Nevevî, *Mecmu'*, IX, 404; Buhûti, *Keşşâfü'l-kma'*, II, 482.

31 İbn Hüمام, Kemaleddin, *Şerhu Fethi'l-Kadir*, Dârü'l-Fikr, Beyrut tsz., VI, 260; İbn Abidin, *Haşiyetü Reddî'l-muhtar*, IV, 529; Merdâvî, *el-İnsaf*, IV, 310; İbn Teymiyye, *Nazariyyetü'l-akd*, 220-224; a. mlf.; *Fetâva*, XXIX, 189; İbn Kayyim, *İ'lâmü'l-muvakkî'in*, IV, V.

ve teamül haline gelmiştir. Ayrıca nikâhta mehr-i mislin,³² sütannenin kiralanmasında ise ecr-i mislin geçerli olması³³ akitlerde piyasa fiyatının geçerli olacağıının delili kabul edilmiştir.³⁴

Piyasa fiyatı esas alındığında, malın hangi günlük değerinin (teslim-ödeme) esas alınacağına dair farklı görüşler ileri sürülmüştür. Hanefilerden isticrâr akdini sahih akit olarak kabul eden görüşe göre, malın teslim günündeki değeri,³⁵ diğer görüşe göre ise; akid anında fiyatı bilinmeyen mallarda teâtî gerçekleşmeyeceğinden mahsuplaşma günündeki değeri esas alınmalıdır.³⁶ Konuyla ilgili Ahmed b. Hanbel'den de iki görüş nakledilmiştir. Müsenna b. Cami'in Ahmed b. Hanbel'den yaptığı rivayette malın teslim alındığı günlük değeri üzerinden ödemenin yapılması gerektiği belirtilmiştir. Ebu Davud'un Mesâil'indeki rivayeti ise her iki ihtimale açıktır. İbn Teymiyye'nin yorumuna göre bu rivayette kast edilen, mahsuplaşma günündeki değerdir. Bu nedenle İbn Teymiyye mahsuplaşma günündeki değeri esas almıştır.³⁷

Yerleşik/sabit fiyatı olan mallarda bir sorun teşkil etmeyen bu durumun, enflasyon dönemlerinde bir mağduriyet oluşturacağı açıktır. Hatta günümüzde kendisini hızlı yenileyen elektronik mallarda bu mağduriyet kaçınılmazdır. Zira teslim günü ile ödeme günü arasında fiyatlarda ciddi değer kaybı söz konusudur. Bu durumda ya isticrâr akdi fiyatı değişken/sabit olmayan mallarda geçerli olmamalı ya da teslim veya ödeme gününe ait değer esas alınmasında malın cinsine göre hüküm verilmelidir. Örneğin elektronik mallarda teslim alma günü, diğer mallarda ise mahsuplaşma günü gibi. Aksi takdirde garar ve taraflar arasında çekişme kaçınılmaz olacaktır.

b-Fiyat tespitinin satıcıya bırakılması ki bu istirsâl olarak isimlendirilmiştir. Fıkıhta müstersilin yani taraflardan birinin fiyat konusundaki bilgisizliğini ve bu

32 Bakara, 2/236.

33 Bakara, 2/233.

34 İbn Teymiyye, *Nazariyyetü'l-âkd*, 220-224; İbn Kayyim, *İ'lâmü'l-muvakk'in*, IV, 9. Konuyla ilgili farklı yaklaşımlar, akit esnasında fiyatın bilinmesinin şart olup olmaması tartışmasından ve akitlerde yasaklanan gararın farklı şekillerde yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. Zira gararı, akdin sıfatı olarak kabul edenler fiyattın bilinmemesini garar olarak kabul etmiş, akde konu olan şeyin gararı olarak değerlendirenler ise bu görüşe katılmamıştır. Bkz. İbn Teymiyye, *Nazariyyetü'l-âkd*, 224; Merdâvi, *el-İnsaf*, IV, 309.

35 Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 328; İbn Abidin, *Haşiyetü Reddi'l-muhtar*, IV, 516, İbn Nüceym, *Bahru'r-râik*, V, 434; Hamevî, Ahmed, *Çamzu uyûni'l-basâir: şerhu Kitâbi'l-Eşbâh ve'n-nezâir*, Dâru'l-Kütübi'l-ilmiyye, Beyrut 1985, II, 285.

36 İbn Abidin, *Haşiyetü Reddi'l-muhtar*, IV, 516, İbn Nüceym, *Bahru'r-râik*, V, 434.

37 İbn Müflih, Şemsuddin, *el-Muharrer*, (en-Nüket ve'l-Fevâidü's-seniyye ile birlikte), Vüzaretü'l-Evkafi's-Suûdiyye, el-Memleketü'l-Arabiyye es-Suûdiyye 1369, I, 298-299.

hususta karşı tarafa olan güvenini açıklayarak ondan piyasa fiyatı ile işlem yapmasını istemesi kural olarak caiz kabul edilmiştir.³⁸ Ancak istirsâle gabn ve tağrîr gibi iradeyi sakatlayan bir durum eklendiğinde Malikî ve Hanbelîler bunu fesih gerekçesi saymış, Hanefî ve Şafîiler ise müstersile özel bir gabin muhayyerliği tanımamıştır.³⁹ Buna göre müşterinin satış bedelinde satıcıya güvenerek isticrâr akdini gerçekleştirmesi, akit teorisi bakımından bir problem teşkil etmemektedir.

c- Fiyat tespitinin mahsuplaşma anında tarafların anlaşmalarına bırakılması. Bu çözüm önerisine göre mahsuplaşma anında tarafların üzerinde anlaşılacakları fiyat, akdin semeni olarak kabul edilecektir. Ancak bu öneri, ma'dûmun satışı problemini gündeme getirdiğinden meselenin çözümünde farklı öneriler ileri sürülmüştür. Bu öneriler yapılan işlemin satış akdi olarak kabul edilip edilmemesine bağlı olarak farklılaşmaktadır.

1-Yapılan işlemin satış akdi olarak kabul edilmesi. Akit teorisi ve genel kurallar açısından mevcut olmayan şey akde konu olamaz. Buna göre isticrârın mahsuplaşma anında gerçekleşen bir akit olarak kabul edilmesi, tüketilen bir mal üzerinde akit yapma olacağından bütün mezheplere göre batıl/geçersizdir. Ancak örf, teamül ve umûmü'l-belvâyı gerekçe gösteren bazı Hanefî fakihleri genel kurallara aykırı olan bu uygulamayı istihsân yoluyla geçerli kabul etmiştir.⁴⁰ Konuyla ilgili Zeynüddîn İbn Nüceym, (ö.970/1563) Kuniyeden şöyle aktarmaktadır: “İnsanlar arasında adet olduğu üzere, sattım-aldım ifadelerini zikretmeden satıcıdan mercimek, tuz, yağ vb. şeyleri almak ve tüketildikten sonra mahsuplaşmak sahih görülmüştür. Fakihler bu akdi müsamaha ile karşılayarak ma'dûmun satışının caiz olmadığı kuralından istisna tutmuşlardır.”⁴¹ Ali Haydar Efendi de, “ma'dûmun satışı batıldır” kuralının iki istisnasından biri olarak bey' bi'l-isticrârı zikretmiş ve bu durumda malın teslim alındığı günkü kıymetinin satıcıya ödenmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁴²

Bu çözüme farklı açıdan yaklaşan Takî Osmânî'ye göre bu öneride ma'dûmun satışı söz konusu değildir. Naslarda ma'dûmun satışının yasaklanma gerekçesi, malın müşteriye teslim edilememesine neden olan “garar”dır. Hâlbuki isticrâr

38 Kallek, Cengiz, “İstirsâl”, DİA, XXIII, 375-376; “İstirsâl”, Mv. F., III, 296.

39 İbn Kudame, *Muğni*, IV, 92-93; Desûkî, *Haşiyetü ed-Desûkî*, III, 140; Zerkâ, , *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-âmm*, I, 471-472; “İstirsâl”, Mv. F., III, 296.

40 İbn Nüceym, *Bahru'r-râik*, V, 434; a.mlf, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, (Ğamzu uyûni'l-basâir: şerhu Kitâbi'l-Eşbâh ve'n-nezâir ile birlikte), Dârü'l-Kütübü'l-ilmîyye, Beyrut 1985, II, 285; İbn Abidin, *Haşiyetü Reddi'l-muhtar*, IV, 516.

41 İbn Nüceym, *Bahru'r-râik*, V, 434.

42 Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 328.

akdinde mal müşteriye teslim edilmiş ve müşteri bu maldan tam olarak istifade etmiştir. Bu nedenle mahsuplaşma anında mal var gibi kabul edilir. Mahsuplaşma anından önce müşterinin bu maldan istifade etmesinin önünde de herhangi bir engel bulunmamaktadır. Çünkü mahsuplaşma anında yapılan bu akit ile mülkiyetin intikali, müşterinin malı teslim aldığı andan itibaren geçerli kabul edilir. Nasıl ki çaldığı malı tazmin eden gasıp, o malın mülkiyetine gasp ettiği andan itibaren sahip olursa⁴³ isticrâr akdinde de durum aynıdır. Hatta bu konuda müşteri, gasıptan daha önceliklidir. Zira isticrâr akdinde müşteri, sahibin izniyle malı tüketmiştir.⁴⁴

2-Yapılan işlemim satış akdi olarak kabul edilmemesi. Malın tesliminde fiyatın bilinmediğini, mahsuplaşma anında ise malın mevcut olmadığını dikkate alan bazı fakihler, bunun satış akdi olamayacağı görüşündedirler. Bunlara göre problem şu şekillerde çözülebilir.

2.1. Sahibinin izniyle tüketilen malın tazmini olarak kabul edilmesi. Bu öneriye göre müşteri, sahibinin izniyle aldığı malı tüketecek ve ödeme anında anlaştıkları fiyat üzerinden malın bedelini tazmin edecektir.⁴⁵ Damânü'l-itlafa aykırılığı nedeniyle bu çözüme itiraz edilmiştir. Zira itlaftan kaynaklanan tazminde izin söz konusu değildir. Bu nedenle Hamevî, (ö.1098/1687) izin ile tazminin⁴⁶ fukaha tarafından bilinmediğini belirtmiştir.⁴⁷ Hâlbuki isticrâr akdinde müşteri, satıcının rızasıyla alıp tükettiği malın bedelini sonradan ödemektedir. Yine bu çözüme tazmin kuralına aykırılığı nedeniyle itiraz edilmiştir. Zira tazmin kuralına göre; misli olan mal misliyle kıyemî olan mal ise kıymetiyle tazmin edilir. Hâlbuki isticrâr akdinde tüketilen mal, misli ya da kıyemî olarak değil semen ile yani tarafların anlaştıkları fiyat üzerinden ödenmektedir. Böylece tazmin kuralı da ihlal edilmiştir.⁴⁸ Aslında bu öneride bir nevi damânü'l-itlaf ile damânü'l-akid birleştirilmiştir. Yani başlangıçta itlaftan, sonuçta ise akitten kaynaklanan tazmin bir araya getirilerek bir çözüm üretilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır.

2.2. Malın aynının borç olarak kabul edilmesi. Bu öneriye göre müşteri, satıcıdan alıp tükettiği malın aynını borç olarak almış olacak ve bedelini daha sonra

43 İbn Nüceym, *Bahru'r-râik*, V, 435.

44 Taki Osmâni, *Buhûs fi kadâya fikhyye*, I, 65.

45 Hamevî, *Ġamzu uyûni'l-basâir*, II, 285; İbn Abidin, *Haşiyetü Reddi'l-muhtar*, IV, 516.

46 Burada kast edilen damânü'l-itlafıdır. Zira akitten doğan ödeme sorumluluğu mal sahibinin rızasıyla gerçekleşmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Hafif, Ali, *ed-Dâman fi'l-fikhi'l-İslami*, el-Fikrû'l-Arabî, Kahire 2000, 11-12, 19-20.

47 İbn Abidin, *Haşiyetü Reddi'l-muhtar*, IV, 516.

48 İbn Abidin, *Haşiyetü Reddi'l-muhtar*, IV, 516.

ödeyecektir.⁴⁹ Bu, özellikle enflasyonun yüksek olduğu dönemlerde uygulanmıştır. Satıcı, satış anında sattığı malın fiyatını alacak olarak kaydetme yerine sattığı malın aynının örneğin “bir tüp”, “bir teneke yağ”, “bir kilo şeker” şeklinde kaydetmekte, müşteri ödemesini satın aldığı malın ödeme günkü fiyatına göre yapmaktadır. Bu çözüm de farklı açılardan tenkit edilmiştir. Hanefilere göre bedeller arasında denklik sağlama imkânı olmadığından kıyemî mallarda karz akdi geçerli değildir.⁵⁰ Hâlbuki isticrâr akdinde mal, mislî olabildiği gibi kıyemî de olabilir. Ayrıca malın aynının borç olarak kabul edilmesi durumunda kıymet farklılığının tartışmaya neden olacağını gerekçe gösteren Hamevî itiraz etmiştir.⁵¹ İbn Kayyim de piyasa fiyatına göre mahsuplaşmayı kabul etmeyenlere çözüm olarak malın fiyatının değil, malın bizzat kendisinin zimmette borç olarak kabul edilebilmesini teklif etse de, tarafların fiyatlardaki değişiklikten mağdur olacağını belirtmiştir.⁵² Yine bu çözüm Hanefilerin kıyemî mallar karz olarak verildiğinde fasid satış akdi hükmü geçerli olur görüşüyle çelişmektedir. Zira bu durumda semenin değil kıymetin ödenmesi gerekir.⁵³ Hâlbuki isticrâr akdinde malın aynı borç olarak kabul edilmiş olsa da mahsuplaşma kıymet üzerinden olabildiği gibi semen üzerinden de olabilmektedir.

Bu itirazların genel kurallar açısından olduğunu belirten İbn Abidin, çözümün istihsan yoluyla olduğunu vurgulamış, isticrâr akdini şebih bi kardî'l-a'yân/ aynın borç verilmesine benzeterek bir sonuca varmıştır.⁵⁴

2.3. Bedel şartıyla yapılan hibe olarak kabul edilmesi. Bu öneriye göre müşteri, aldığı malı bir nevi şartlı hibe olarak kabul edecektir.⁵⁵ Bedel şartıyla yapılan hibeyi ilke olarak kabul eden fakihler, bu akdin türüyle ilgili farklı görüşler ileri sürmüştür.⁵⁶ İmam Züfer dışındaki diğer Hanefî imamlarına göre bu işlem başlangıçta hibe, sonuçta alış veriştir.⁵⁷ İmam Züfer, Malikî ve Şafiî mezheplerindeki sahih olan görüş ile bir rivayette Ahmed b. Hanbel'e göre ise hem başlangıçta hem de sonuçta alış veriştir.⁵⁸ Bu akdin geçerliliğini Hanefî, Şafiî ve Hanbelîler satım

49 Hamevî, *Ğamzu uyûni'l-basâir*, II, 285; İbn Abidin, *Haşiyetü Reddî'l-muhtar*, IV, 516.

50 Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi'*, X, 596; İbn Abidin, *Haşiyetü Reddî'l-muhtar*, IV, 516.

51 İbn Abidin, *Haşiyetü Reddî'l-muhtar*, IV, 516.

52 İbn Kayyim, *İ'lâmü'l-muvakkî'in*, IV, V.

53 İbn Abidin, *Haşiyetü Reddî'l-muhtar*, V, 161.

54 İbn Abidin, *Haşiyetü Reddî'l-muhtar*, IV, 516.

55 İbn Abidin, *Haşiyetü Reddî'l-muhtar*, IV, 516.

56 Cezîrî, *el-Fıkh ale'l-mezahibi'l-erbaa*, III, 311-314; Zuhaylî, Vehbe, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve edilletühü*, Dârü'l-Fıkr, Dimaşk 1989, V, 29-30, “Hibe”, Mv. F., XXXII, 139.

57 Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi'*, VIII, 130.

58 Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 522; İbn Kudame, *Muğni*, VI, 332; “Hibe”, Mv. F., XXXII, 140.

akdinde olduğu gibi bedelin/ıvazın malum olması şartına bağlamıştır. Aksi halde Hanefilere göre şart geçersiz, akit hem başlangıç hem sonuçta hibe;⁵⁹ Şafii ve Hanbelilere göre ise hibe geçersiz, akit fasit alış veriş hükmündedir. Bu durumda hibe edilen mal, misli ise misliyle kıyemî ise kıymetiyle ödenmelidir.⁶⁰ İmam Malik ise satım akdinden farklı olarak bu akitte bedelin malum olmasını şart koşmamış,⁶¹ ancak tarafları çekişmeye götürmeyecek rıza şartını ileri sürmüştür.⁶² İbn Rüşd'ün (ö.595/1198) de ifade ettiği gibi bedel şartıyla yapılan hibedeki tartışmaların asıl nedeni, bu akdin bedeli bilinmeyen satım akdi olarak kabul edilip edilmemesinden kaynaklanmaktadır.⁶³ Hâlbuki bu durum yani bedelin bilinmemesi isticrâr akdinin temel problemlerinden biridir. Bu nedenle isticrâr akdinin probleminin çözümü, bu öneri üzerinden mümkün gözükmemektedir.

2.4. Sevm-i şira^{64*} ile teslim alınmış mal olarak kabul edilmesi. Bu öneriye göre müşteri, ihtiyaç duyduğu malı, satın alma pazarlığıyla teslim almış olacak.⁶⁵ Bu çözüm de tenkite açıktır. Zira sevm-i şirâda malın fiyatı teslim anında ya belirlenmiş ya da belirlenmemiş olur. Malın fiyatı teslim anında belirlenmiş ise mal bi nefsihi mazmundur. Yani telef olma durumunda tazmin kuralı gereği misli olan misliyle, kıyemî olan kıymetiyle ödenir. Fiyat belirlenmemiş ise emanet hükmü geçerlidir.⁶⁶ Hâlbuki isticrâr akdinde fiyat belirlendiğinde tazmin kuralı, fiyat belirlenmediğinde ise emanet hükümleri uygulanmamaktadır. Dolayısıyla bu çözüm de isticrâr akdine uygun gözükmemektedir.

Ma'dûmun satışa konu olma probleminin çözümüyle ilgili ileri sürülen öneriler incelendiğinde, uygulamanın satış akdi olarak kabul edilip edilmemesine yönelik teklifler içerdiği anlaşılmaktadır. Uygulamayı satış akdi olarak kabul etmeyen çözüm önerilerinin, içerisinde birçok problemleri barındırdığı anlaşılmaktadır. Satış akdi olarak kabul eden öneri ise konuyla ilgili nasların yorumuna göre farklılık arz etmektedir. Nasların literal anlamını dikkate alan fakihler istihsan metoduyla çözüm üretmiş, amacı dikkate alanlar ise isticrâr akdini ma'dûmun sa-

59 Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi'*, VIII, 130; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuku İslâmiyye ve Istilahâtı Fıkhiyye Kamusu*, Bilmen Yayınevi, İstanbul: 1985, IV, 242.

60 İbn Kudame, *Muğni*, VI, 332; Şirbini, *Muğni'l-muhtâc*, II, 522.

61 Derdîr, Ebü'l-Berekat Ahmed, *eş-Şerhi's-sağîr*, (Haşiyetü's-Savî ile birlikte), Dârü'l-Mea'rif, Kahire 1986, IV, 158-159; Cezirî, *el-Fıkh ale'l-mezahibi'l-erbaa*, III, 314; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve edilletühü*, V, 30.

62 İbn Rüşd, *Bidayetü'l-müctehid*, IV, 116.

63 İbn Rüşd, *Bidayetü'l-müctehid*, IV, 116.

64 * Sevm-i şirâ, müşterinin satın alma pazarlığıyla malı teslim almasıdır. Bkz. Ali Haydar Efendi, I, 469.

65 İbn Abidin, *Haşiyetü Reddi'l-muhtar*, IV, 516.

66 İbn Hümam, *Fethü'l-Kadîr*, VI, 306; Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi'*, VII, 398; İbn Abidin, *Haşiyetü Reddi'l-muhtar*, IV, 573-575, 107; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 469; "Damân", Mv. F., XXVIII, 258-259.

tışı olarak dahi görmemişlerdir. Zira mal, mahsuplaşma anından önce müşteriye teslim edilmiş ve müşteri ondan tam olarak istifade etmiştir. Bu nedenle isticrâr akdinde, malın teslimine yönelik bir garar bulunmamaktadır.

Bu tekliflerden isticrârın akit olarak kabul edilmesi ve istihsan metoduna dahi gerek kalmadan çözülebileceği görüşünün tercihe daha elverişli olduğu kanaatindeyiz. Zira ma'dûmun satışını yasaklayan naslar incelendiğinde -ileride açıklayacağımız üzere- yasaktan maksadın malın müşteriye teslim edilememesi olduğu anlaşılmaktadır. Hâlbuki isticrârda bu durum söz konusu değildir.

1.4.3. Vade Tarihinin Bilinmemesi Bakımından

İsticrâr akdindeki problemlerden biri de, ister ön ödemli ister sonradan ödemeli olsun vade tarihidir. Zira ön ödemeli isticrârda malın ne zaman teslim alınacağı, sonradan ödemeli de ise paranın ne zaman ödeneceği belli değildir. Fıkıhçılar vadeli satışlarda satış bedelinin, selem akdinde ise malın teslim tarihinin belirlenmesinin gereği konusunda ittifak etmiştir.⁶⁷ Zira vade tarihinin bilinmemesi taraflar arasında menfaat çatışmasına neden olur ki bu durumun tarafları çekişmeye sürüklemesi muhtemeldir. Hatta Hanefî, Şafîî ve Hanbelî mezhebine göre selem akdinde tarafların akitte kararlaştırdıkları vadenin net olarak belirlenmiş olması gerekir. Hasat zamanı gibi farklılık arz edebilecek süreler vade olarak geçerli değildir. Malikî mezhebi ve bir rivayette Ahmed b. Hanbel'e göre ise bu tür vadeler geçerlidir.⁶⁸

Vade tarihi tayin edilmeyen veresiye satışlarda vade prensip olarak bir ay kabul edilir.⁶⁹ Akit anında veresiyeden söz edilmediği durumlarda ise satış peşin kabul edilir, ancak belirli vade ve taksit örf haline gelmiş ise örf'e göre amel edilir.⁷⁰

Ön ödemeli isticrâr akdinde malın teslim alınma tarihi, sonradan ödemeli isticrâr akdinde ise bedelin ne zaman ödeneceği bilinmemektedir. Akit teorisi açısından satış akdinde bu bilinmezlik, tarafları tartışmaya götürmedikçe örf'e göre amel edilir. Selem akdinde malın teslim tarihinin net olmasını şart koşanlara göre ön ödemeli isticrâr, selem kapsamında değerlendirildiğinde bu durumun problem oluşturacağı açıktır.

67 Zuhaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî ve edilletühü*, IV, 460 "Ecel", Mv.F, 2/36-37; "Ta'yîn", Mv.F, XIII, 42.

68 İbn Rüşd, *Bidayetü'l-müctehid*, III, 220; İbn Kudame, *Muğni*, IV, 356; Nevevî, *Mecmu'*, XII, 228; Sahnûn, *Müdevvenetü'l-kübra*, III, 196; Zuhaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî ve edilletühü*, IV, 460.

69 Mecelle mad. 249; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 397-398; Nevevî, *Mecmu'*, IX, 412-413.

70 Mecelle mad. 251.

1.4.4. Ön Ödemede Satıcıya Verilen Paranın Hükümü Bakımından

Ön ödemeli isticrâr akdinde müşteri satıcıya bıraktığı para karşılığında ihtiyaç duydukça mal almakta, mahsuplaşma anında ise mevcut paradan düşülmektedir. Bu süre zarfında satıcının elinde bulunan paranın hükümü tartışmalıdır.

1-Bu paranın satıcının elinde emanet kabul edilmesi: Bu durumda satıcının, para üzerinde herhangi bir tasarruf yapmaması gerekir. Hâlbuki isticrâr akdindeki uygulama böyle değildir. Zira satıcı bu parayı kullanmaktadır.

2- Bu paranın satıcının elinde borç olarak kabul edilmesi. Müşteri tarafından borç amacıyla verilmeyen bu paranın satıcının elinde borç olarak kabul edilmesi karz akdine aykırı olduğu gibi, karşılığında mal satın alma şartıyla verilmiş borç olarak düşünülmesi de karz akdine aykırıdır.⁷¹ Bu nedenle fıkhıdaki yerleşik karz akdinin uygulanması mümkün gözükmemektedir.

3-Muhammed Takî Osmânî ise, karz/borç olarak isimlendirilen bu işlemin hesaba bağlı ödeme olduğu görüşündedir. Yani müşteri mal aldıkça malın bedeli mevcut paradan düşülecek ve böylece müşterinin, aldığı malın bedelini ödeme sorumluluğu olmayacaktır. Aynı zamanda satıcının kullanma imkânı olduğu bu paranın madmûn olduğunu belirten Takî Osmânî'ye göre, örf haline gelen şartlar geçerlidir.⁷²

1.4.5. İki Bedelin Vadeli Olması Bakımından

İsticrâr akdinde taraflar mal ve fiyatta anlaştıklarında, malın ihtiyaç anında teslim alınması, paranın ise sonradan ödenmesi durumunda her iki bedel vadeli olmuş olur. “Medine halkının alış veriş” diye isimlendirilen isticrâr uygulamasında bu durumun söz konusu olduğu ifade edilmektedir.⁷³ Malik'in rivayet ettiğine göre Salim b. Abdullah şöyle demiştir: “Her gün belli bir miktar almak ve ödemeyi ise maaşta yapmak üzere kasaptan fiyatı ve miktarı belli olan et satın alırdık.”⁷⁴ Fakihlerin çoğuna göre bu uygulama “Borcun borçla satışı yasaktır”⁷⁵ hadisine ve bu konudaki icmaa⁷⁶ aykırılığı nedeniyle caiz değildir.⁷⁷ Medine halkının uygula-

71 Desûkî, *Haşiyetü ed-Desûkî*, III, 225; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve edilletühü*, IV, 727.

72 Takî Osmânî, *Buhûs fî kadâya fıkhiyye*, I, 67-68.

73 Lâhim, *Bey'üd-deyn*, I, 613.

74 Hattab, *Mevahibü'l-celîl*, VI, 516-517.

75 Zeylai, Cemalüddin, *Nasbu'r-raye*, Müessetü'r-reyyan, yy. 1938, IV, 39-40.

76 İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 186.

77 Lâhim, *Bey'üd-deyn*, I, 615.

masını delil alan İmam Malik'e göre ise, ödeme süresi net olarak belirtildiğinde -maaşın kesin olması durumunda maaşta ödeme şartıyla- istihsan yoluyla caizdir. Ayrıca, 1-Tarafların anlaşmasından sonra kısa -on beş günden az- bir süre içerisinde müşteri malı teslim almaya başlamalı. 2-Akde konu olan mal, satıcının yanında bulunmuş olmalı.⁷⁸ Bu uygulamanın faiz ve garar içermediği belirtilerek "Borcun borçla satışı yasaktır" hadisi kapsamında değerlendirilmemiştir.⁷⁹

İsticrâr akdine yönelik yukarıda zikredilen problemleri ileri süren fakihlerin çoğu, akit teorisi bakımından problemleri gördükleri bu akdi caiz kabul etmemiş; örf, teamül ve umûmü'l-belvayı gerekçe gösteren bazı fakihler ise bu akde istihsan yoluyla cevaz vermişlerdir.

2. İSLAMÎ FİNANSTA İSTİCRÂR AKDİ

2.1. Tanımı

İslamî finasta isticrâr akdine yönelik farklı tanımlar yapılmıştır. Türkiye Katılım Bankacılığı Strateji Belgesinde isticrâr, "Belirli bir malın alıcı tarafından satıcıya belirli zamanlarda alınacağını vaat edilmesini konu alan sözleşme türü"⁸⁰ şeklinde tanımlanmıştır. Burada isticrâr akdinin tanımı diye verilen şey, tedarik sözleşmesinin tanımıdır. Her ne kadar modern isticrâr, tedarik sözleşmesi kapsamında uygulanırsa da bu ikisinin aynıleştirilmesi mümkün gözükmemektedir.

İslami Bank Bangladesh Limited şirketi ise isticrârı, "Kişinin ihtiyaç duyduğu emtiayı herhangi bir tedarikçiden farklı zamanlarda ve farklı miktarlarda almayı sürdürdüğü ve her bir teslimat esnasında icap-kabulün ve pazarlığın yapılmadığı bir alışveriş şekli"⁸¹ diye tanımlamıştır. Aynı şekilde Kuveyt Türk isticrârı "Satış -cinsi ne olursa olsun- satıcıdan malı peyderpey almak ve daha sonra ödeme günündeki piyasa fiyatını esas alarak mahsuplaşmaktır"⁸² şeklinde tanımlamıştır. Bu iki tanımın, klasik isticrâr akdine yönelik yapılan tanımlarla birebir örtüştüğü görülmektedir. Fakat "Muhtemel Uygulama Önerileri" başlığı altında görüleceği üzere bu tanımlar doğrultusunda yapılan modern uygulamalar, klasik uygulamayla birebir örtüşmemektedir.

78 Hattab, *Mevahibü'l-celil*, VI, 516-517.

79 Sahnûn, *Müdevvenetü'l-kübra*, III, 315; Detaylı bilgi için bkz. Lâhim, *Bey'ü'd-deyn*, I, 103, 613-622.

80 Türkiye Katılım Bankacılığı Strateji Belgesi 2015-2025, TKBB, Erkam Matbaası, İstanbul 2015, 47.

81 <http://www.islamibankbd.com/prodServices/prodServBaiIstijrar.php>

82 Konuyla ilgili bilgilendirilme talebimiz üzerine Kuveyt Türk yetkilileri tarafından şahsımıza gönderilen mail.

2.2. Muhtemel Uygulama Önerileri

İsticrâr akdinin finans sektöründe uygulanması ile ilgili farklı teklifler ve uygulama şekilleri söz konusudur. Bunları temelde iki maddede toplayabiliriz. İsticrâr akdinin ya tedarik sözleşmesi ya da modern murabaha kapsamında uygulanması.

2.2.1. İsticrâr Akdinin Tedarik Sözleşmesi Kapsamında Uygulanması

Tedarik sözleşmesi; “tüzel veya özel kurumlar için gerekli olan malzeme, gıda vb. şeylerin teminini sağlamak amacıyla yapılan sözleşme”⁸³ ya da “ taraflar arasında, ileride toptan veya taksit taksit ödenecek malum bir ücret karşılığında, belirli tarihlerde, vasıfları belli bir takım mal yahut muayyen hizmetleri temin etmek amacıyla yapılan sözleşmedir.”⁸⁴ Bu sözleşmenin akit ya da vaat olarak kabul edilmesi, caiz olup olmadığı günümüz fakihleri arasında halen tartışılan bir konudur.⁸⁵ Ayrıca isticrâr akdinin yalnızca değeri düşük mallarda geçerli olduğunu kabul edenler açısından tedarik sözleşmesi içerisinde isticrâr akdinin uygulanması tartışmaya açıktır.⁸⁶

Yapılan tartışmalar mahfuz kalmak şartıyla tedarik sözleşmesi ile isticrâr akdi karşılaştırıldığında, malın peyderpey teslim alınmasında her iki akit birleşmektedir. Ancak teslim alınma süresinin tedarik sözleşmesinde net olması, isticrâr akdinde ise müşterinin ihtiyacına göre olması bakımından; yine tedarik sözleşmesinde fiyatın belli olması, isticrâr akdinde ise fiyatın belli olmadığı durum bakımından farklıdırlar.⁸⁷ Buna göre tedarik sözleşmesi içerisinde isticrâr akdinin uygulanması, akitte malın teslim süresinin net olarak tayin edilmemesi⁸⁸ ve fiyatın piyasa fiyatına havale edilmesi durumlarında söz konusu olabilir.

İsticrâr akdinin tedarik sözleşmesi kapsamında uygulanması, yalnızca banka ile tedarikçi firma arasında veya müşteri ile banka arasında ya da birbirinden bağımsız olarak her üç taraf arasında da uygulanabilir. Müşteri, tekrar eden -örneğin senelik- mal yahut muayyen hizmetleri temin etmek amacıyla bankaya teklif götürdüğünde, banka piyasa fiyatına göre toptan veya taksit taksit ödeyeceği

83 Zerkâ, *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-âmm*, II, 645.

84 *Mecelletü mecma'u'l-fikhi'l-İslamî*, XII. Dönem kararları, <http://www.iifa-aifi.org/2053.html>.

85 Konuyla ilgili bkz. Takî Osmânî, Ukûdü't-tevrîd ve'l-münakaşe, *Mecelletü mecma'u'l-fikhi'l-İslamî*, Münazzametü'l-mü'temerî'l-İslamî, XII sayı, 2. cüz, Cidde 2000, 313-322.

86 Mısırî, Refik Yunus, Ukûdü't-tevrîd ve'l-münakaşe, *Mecelletü mecma'u'l-fikhi'l-İslamî*, XII sayı, 2. cüz, 475.

87 Şebîb, *Bey'ü'l-isticrâr*, s. 181.

88 Şebîb, *Bey'ü'l-isticrâr*, s. 181.

bir ücret karşılığında ihtiyacı oldukça belirli periyotlarda -net tarih yerine bir ay içerisinde gibi- nitelikleri belli olan mal veya hizmeti alma konusunda tedarikçi firma ile anlaşma yapar. Banka ile tedarikçi firma arasında yapılan bu anlaşmada, her defasında akit yapmaksızın, piyasa fiyatına ve ihtiyaca göre mal ya da hizmetin teslim alınmasında isticrâr yöntemi uygulanmıştır. Bu uygulamanın banka ile müşteri arasında da yapılması söz konusudur.

Nedvetü'l-Beraka li'l-İktisâdi'l-İslami'nin verdiği fetvada bu uygulama şöyle ifade edilmektedir. Taraflar prensiplerde anlaşma sağlandığında isticrâr akdi tedarik sözleşmesi için alternatif olmaya elverişlidir. Şöyle ki, müşteri belli miktardaki ihtiyacını aldığı günkü piyasa fiyatına uygun olarak talepte bulunur. Akit her mal tesliminde gerçekleşmiş olur. Böylece mevcut olmayanın satışı problemi halledilmiş olur.

Ticari müessese ile müşteri arasındaki isticrâr akdine ilave olarak ticari müesseselerin kendileri ile tedarikçi firmalar arasında oluşturulan paralel/alt isticrâr akdinde ticari aracılık rolü üstlenmelerine de elverişlidir. Ancak iki akid arasında herhangi bir bağ söz konusu değildir. Müessesenin tedarikçi firmaya ödediği para daha az, mahsuplaşma süresi daha kısa, müessese ile müşteri arasında ise maliyet fiyatına ilave olarak kâr eklenir ve mahsuplaşma süresi daha uzun olur. İsticrâr akdinde ileriki tarihte piyasa fiyatına satış yapılmasına itibar edilmez.⁸⁹

2.2.2. *İsticrâr Akdinin Modern Murabaha Kapsamında Uygulanması*

Modern murabaha, klasik murabahadan farklı olarak genelde finansman yetersizliği sebebi ile müşterinin katılım bankası vasıtasıyla satıcıdan malın alınarak kendisine vadeli olarak satılmasını sağlayan işlemin adıdır. Tedarik sözleşmesinde olduğu gibi modern murabahanın caiz olup olmadığı halen tartışılmaktadır.⁹⁰

İsticrâr akdinin modern murabaha kapsamında uygulanması, yalnızca banka ile tedarikçi firma arasında veya müşteri ile banka arasında ya da her üç taraf arasında da uygulanabilmektedir.

Banka tedarikçi firmalarla piyasa fiyatından mal alacağına dair anlaşma yapar, müşteri bankaya murabaha usulü ile mal alma teklifi getirdiğinde banka tedarikçi firmadan piyasa fiyatından malı satın alıp, müşteriye vadeli satar. Bu süreç

89 <http://www.imtithal.com/uploaded/media/fatawa/32914-1.pdf>

90 Görüşler ve deliller için bkz. Affane, Hisamüddin Musa, *Bey'ül-murâbaha li'l-âmir biş-şira'*, Filistin 1996, s. 27-56.

anlaşma süresince devam eder. Sonuçta tedarikçi firma ile banka arasında her defasında akit yapılmaksızın piyasa fiyatı üzerinden mal alınmış, ödeme ise mal teslim alındıktan sonra yapılarak isticrâr yöntemi uygulanmıştır.⁹¹

Bu uygulama müşteri ile banka arasında da söz konusu olabilir. Müşteri murabaha usulüne göre yıllık alacağı mal konusunda banka ile anlaşma yapar. Ancak bunların tamamını tek seferde alma imkânı bulunmamaktadır. Örneğin müşteri banka ile başlangıçta 1 milyon liralık olmak üzere belirli periyodlarla alınacak ve toplamda 10 milyonluk değere sahip olan bir malı murabaha usulü ile satın almak üzere anlaşma yapar. Böylece banka müşteri ile fiyatı satın alma anında belirlenecek ve sonradan ödemeli şekil olan şebih bi'l-isticrâr akdi yapmış olur.⁹² Müşterinin her bir alımdaki malın piyasa değeri bilinmediğinden toplamda ödeyeceği miktar bilinmemektedir.

Takî Osmânî ile Beytü't-temvili'l-Kuveytî, banka ile müşteri arasındaki murabaha usulünde, faizden kaçınmak için teâti yoluyla işlem yapılmaması gerektiğini belirtmiştir. Aksi takdirde yani malın her teslim alışında teâti usulü uygulandığında faize benzemiş⁹³ ve iki zimmet arasında tedahül gerçekleşmiş olur.⁹⁴ Buna göre banka, müşteri tarafından talep edilen malı her teslim aldığı anda müşteri ile ya icap kabul yapmalı ya da malın bankadan müşteriye intikali için az da olsa belli bir süre koymalı ki, malın sorumluluğu/tazmini bankaya intikal etmiş ve böylece elde edilecek kar, mal üzerinden temin edilmiş olsun.⁹⁵

İsticrâr akdinin tedarik sözleşmesi ve modern murabaha kapsamında uygulanması ayn üzerinde olabildiği gibi hizmet alımında da uygulanabileceği belirtilmektedir. Bu uygulama özellikle elektrik, su, doğalgaz gibi faturaların finansmanında söz konusudur.⁹⁶ İşletmeler bu tür giderlerini karşılayabilmek adına bankaya müracaat ettiğinde banka, satıcı ile malı piyasa değerinden alacağına dair isticrâr temeline dayalı tedarik sözleşmesi yapar. Banka satıcıdan malı alır ve müşteriye isticrâr temeline dayalı olarak murabaha yoluyla satar.

91 Şebib, *Bey'ül-isticrâr*, s. 184; Cabullah, *Bey'ül-isticrâr*, s. 53.

92 Takî Osmânî, *Buhûs fî kadâya fikhîyye*, I, 70.

93 Takî Osmânî, *Buhûs fî kadâya fikhîyye*, I, 70.

94 Fetâva ve tavsiyatü'n-nedveti'l-fikhîyye es-saniye li Beyti't-Temvili'l-Kuveyt, rakam 6, 1410/1990.

95 Takî Osmânî, *Buhûs fî kadâya fikhîyye*, I, 70; Fetâva ve tavsiyatü'n-nedveti'l-fikhîyye es-saniye li Beyti't-Temvili'l-Kuveyt, rakam 6, 1410/1990.

96 Konuyla ilgili bilgilendirilme talebimiz üzerine Kuveyt Türk yetkilileri tarafından şahsımıza gönderilen mail.

2.2.3. Muhyiddin Ali Karadağî'nin Önerileri

İsticrârın kısımlarından hareketle uygulamaya yönelik öneriler sunan Karadağî, her bir kısma ait işlem basamaklarını şu şekilde ortaya koymaktadır.

I-Sonradan Ödemeli İsticrâr.

Birinci şekil: Tarafların piyasa fiyatı standart olan mallarda malın her teslim alımında fiyatı açıklamaksızın piyasa fiyatına razı olmaları durumu.

1-Banka, satıcı firma ile elinde mevcut ve fiyatı belli olan maldan alacağı miktarda anlaşma yapar. Bu akit, yalnızca fiyatı belli olan ve mevcut olan mallarda geçerlidir. Mal mevcut olduğu halde görülmemiş ise tarafların muhayyerlik hakkı vardır.

2-Birinci akitten sonra banka, bu malları murabaha usulüyle müşteriye satar.

3-Sipariş, satın alma vâdidir.

4-Banka, müşteriye banka adına malı teslim alması için, satıcı firmadan bir kişiye ya da müşterinin kendisine murabaha usulüyle satması için vekâlet verir.

5-Akitlerdeki ve gerekli sözleşmelerdeki sıraya riayet edilir.

İkinci şekil: Piyasa fiyatı standart olmayan mallarda anlaşma yapılması durumu. Teslimden önce mal ve fiyat bilinmediğinden bu akid geçerli değildir. Ancak malın teslimi icap kabul ya da teâti yoluyla gerçekleştiğinde yalnızca teslim edilen miktarda geçerli olur.

Üçüncü şekil: Teâti yoluyla tamamlanacak isticrâr. Banka (müşteri) ile tedarikçi firma (satıcı), alınacak malın fiyatının malın teslimi anında açıklanacağı hususunda anlaşmışlarında, bu uygulama teâti yoluyla satış akdine cevaz verenlere göre, malın her teslimi anında geçerlidir. Mahsuplaşma ise malın tamamının tesliminden sonra yapılır.

Bu uygulamanın işlem basamakları:

1-Banka ile tedarikçi firma, bankanın görevlendirdiği kişinin banka adına fiyatı karşılığında malı teâti yoluyla teslim alacağında anlaşır.

2-Banka, müşteriye banka adına malı teslim alabilmesi için vekâlet düzenler.

3-Sipariş, satın alma vâdidir.

4-Müşterinin malı tüketmeden banka yetkilisine ikinci akdi tamamlaması için bilgi vermesi gerekir. Ancak müşteriye teslim aldığı malı kendisine satma

vekâleti verilmişse bu maddeye gerek yoktur. Müşterinin kendisine satması İmam Malik, Evzaî, bir rivayette Ahmed b. Hanbel'e göre caizdir.

5-Akitlerdeki ve gerekli sözleşmelerdeki sıraya riayet edilir.

II-Ön ödemeli isticrâr: Burada iki ihtimal söz konusudur.

Birinci ihtimal: Kişinin pazarlık ya da akit yapmaksızın ileride peyderpey mal alması karşılığında satıcıya belli bir miktar para vermesi durumu. Hesaba bağlı ödeme olan bu durumda satıcının elindeki para ya emanet ya da karşılığında satış akdi yapılacak borç/karz olarak kabul edilir.

Müşteri fiyatı belli olan bir mal aldığı anda akit tamamlanmış olur. Satıcının yanında bulunan para, emanet kabul edildiğinde, satıcı sattığı malın karşılığını o paradan alır. Borç kabul edildiğinde ise zimmetindeki paradan o miktarı düşer. Şayet icap kabul olmaksızın akit tamamlanırsa teâti yoluyla, aksi takdirde normal olarak akit tamamlanmış olur.

Bu uygulamanın işlem basamakları:

1-Banka, alacağı mal karşılığında belirli bir miktar parayı tedarikçi firmada bulundurma hususunda firma yetkilisiyle anlaşma yapar.

2-Sipariş, satın alma vâdidir.

3-Banka, müşteriye banka adına malı teslim alabilmesi için vekâlet verir.

4-Müşterinin malı tüketmeden banka yetkilisine ikinci akdi tamamlaması için bilgi vermesi gerekir. Şayet banka, müşteriye malı kendisine satması için vekâlet vermişse bu maddeye gerek yoktur.

İkinci İhtimal: Bankanın satıcı firma ile alacağı mal konusunda anlaşarak satıcıya para vermesi durumu. Satın alınacak mal görüldüğü takdirde bunun sahit satış akdi olduğunda ittifak vardır. Fıkıhçılar arasındaki tartışma nitelikleri belirlenmiş fakat görülmeyen/gaib mallarla ilgilidir. Tercih edilen görüşe göre, tarafların görme muhayyerliği ile beraber bu akit geçerlidir. Birinci akitten sonra müşteriye murabaha ya da müsaveme yoluyla satar. Müşteri de peyderpey malı teslim alır. Şayet akit anında malın tamamı mevcut değilse selem şartları, bir kısmı mevcut ise numune üzerinden satış geçerli olur.⁹⁷

2.2.4. Kuveyt Türk'ün Önerisi

Kuveyt Türk'ün İslamî finasta uygulanacak isticrâr akdine yönelik önerisi ise şu şekildedir. Katılım bankalarının, kurulacak akitlerin birbirinden bağımsız olması koşuluyla, aslî satıcı ile isticrâr akdi yapıp malları satın aldıktan sonra müşterisine alt isticrâr akdi yoluyla bu malları satmak suretiyle ara tüccar fonksiyonu üstlenmesi de mümkün olmalıdır. Bu akitlerde katılım bankasının satıcıya ödediği bedel daha az olurken müşteriye satış bedeli kârlı olacaktır. Bu yöntemin uygulaması şöyle olacaktır:

Bu kredi kartlarıyla gerçekleştirilecek olan işlemlere uygulanacak olan kar oranı bankamız ile müşteri arasında belirlenir.

Banka, müşterisine bu kartla satın alacağı mal ve hizmetleri piyasa fiyatı üzerinden isticrâr yöntemiyle banka adına alması yönünde vekâlet verir.

Banka daha önce anlaşmış oldukları kar oranı üzerinden müşterisine alt isticrâr akdi yaparak bu malları ve hizmetleri satar ya da müşterisine bu mal ve hizmetleri kendisine satabilmesi yönünde vekâlet verir (çifte vekâlet).

Bu yöntemin elektrik, su, doğalgaz ve telefon gibi ihtiyaca binaen isticrâr yöntemiyle tüketilen mal ve hizmetlerin fonlanması için uygulanması da mümkündür. Çünkü bunların birim fiyatları başlangıçta bellidir. Bu yüzden bedelin sonradan ödenecek olması ve kullanılacak miktarın belli olmaması herhangi bir sorun teşkil etmez.⁹⁸

Yukarıda aktardığımız öneriler incelendiğinde, teklif edilen uygulamanın klasik isticrâr akdinden tamamen farklı olduğu anlaşılmaktadır. Şöyle ki; bu akit bağımsız bir akit olmayıp, tedarik sözleşmesi veya modern murabaha ya da her ikisinin kapsamında ele alınmıştır. İşlem basamakları incelendiğinde bu uygulamanın akit ya da vaat olarak kabul edilmesi, bu vaatlerin bağlayıcılığı, birbirinden bağımsız olarak alt ve üst isticrâr akitlerinin uygulanması, çifte vekâlet, vekilin teslim aldığı malı kendine satması ve birden fazla akdin bir arada yapılması gibi unsurlar ilave edilmiş ve kompleks bir yapıya büründürülmüştür. Bu nedenle bu akdin klasik isticrârdan bağımsız bir akit olarak değerlendirilmesinin, hatta isimlendirilmesinin -modern isticrâr akdi gibi- ve usûlî temellendirilmesinin de buna göre yapılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz.

98 Konuyla ilgili bilgilendirilme talebimiz üzerine Kuveyt Türk yetkilileri tarafından şahsımıza gönderilen mail.

3. İSTİCRÂR AKDİNİN TEMELLENDİRİLMESİ

Klasik dönemde genel kurallara aykırı olan isticrâr akdini geçerli akid olarak kabul eden fakihler, bu uygulamayı istihsân ile temellendirmişlerdir. İstihsan, genel ve yerleşik kuraldan ya da açık kıyastan özel gerekçeler nedeniyle vazgeçip, olayın özelliğine uygun çözüm bulma metodudur.⁹⁹ Terimleşme süreci sonradan gerçekleşen istihsan, fakihler tarafından teşrî' ruhuna uygun olarak genel nass veya yerleşik kural ile uygulama alanının arasını uzlaştırma amacıyla kullanılmıştır. Hatta fakihlerden bazıları istihsanı bu amacına vurgu yaparak tanımlamıştır. Örneğin Şemsü'l-eimme es-Serahsî (ö.483/1090), istihsanla ilgili olarak, "Kıyası bırakıp insanlara en uygun olanı almak", "Fert ve toplumun müptela olduğu şeylerde kolaylığı istemek", "Genişliği almak, sıkıntılı olanı terk etmek", "Müsamahayı almak, rahatlık taşıyanı istemek" gibi birçok tanım aktarmış ve bu tanımların ortak noktasının "Zorluğun bırakılıp kolaylığın alınması" olduğunu ve bunun da dinde genel bir prensip olduğunu vurgulamıştır.¹⁰⁰ Yine İbn Rüşd el-Ced (ö. 520/1126) istihsanı, "Aşırılığa yol açan kıyası terk etmek ve böylece bazı istisnâî durumlarda hükmün ruhuna uygun başka bir sonuca yönelmek",¹⁰¹ İbn Rüşd el-Hafid, "Maslahatı göz önüne alıp adaleti öngörmek",¹⁰² Ebû İshak eş-Şatîbî (ö.790/1388) ise, "Küllî delil karşısında cüzî maslahatı almaktır"¹⁰³ şeklinde tanımlamıştır. Görüldüğü gibi bu tanımların tamamında istihsanın nasla sosyal realiteyi birleştirme amacı öne çıkarılmıştır.

İstihsanın hukukî bir metod olarak kabul edilmesi şer'î bir dayanağının (müstened/vechü'l-istihsan) varlığına bağlıdır. İsticrâr akdinin temellendirildiği istihsan metodunun dayanağı örf, teamül ve umûmü'l-belvâ olarak zikredilmiştir.¹⁰⁴ Umûmü'l-belvâ, toplumda yaygınlığı ve mükelleflerin sıkça karşılaştıklarından kaçınılması zor ve imkânsız durumu ifade etmekte ve naslarla sabit olan selem, istisnâ, arâya gibi hükümlerin ruhsat sebeplerinden birini teşkil ettiği gibi, yeni ortaya çıkan içtihadî konularda genel kural ya da kıyas yoluyla sabit olan hükümlerde istisnâî hükümlerin gerekçelerinden birini oluşturmaktadır.¹⁰⁵

99 Şâkir el-Hanbelî, *Usûlü'l-fıkhi'l-İslâmî*, Güven Matbaacılık, İstanbul tsz., 320.

100 Serahsî, *Mebûsât*, X, 145.

101 İbn Rüşd, Ebû'l-Velid, *el-Beyan ve't-tahsil*, (thk. Ahmed Şerkâvî İkbâl), Dârü'l-Ğarbi'l-İslâmî, Beyrut 1988, IV, 156.

102 İbn Rüşd, *Bidayetü'l-müctehid*, III, 201.

103 Şâtîbî, Ebû İshak, *el-Muvafakât fi usûli's-şerî'a*, (thk. Abdullah Dıraz), Dârü'l-Kütübü'l-İlimiyye, Beyrut 1991, IV, 148-149.

104 İbn Nuceym, *Bahru'r-râik*, V, 434; a.mlf., *el-Eşbâh*, II, 285; İbn Abidin, *Haşiyetü Reddî'l-muhtar*, IV, 516.

105 İbn Nuceym, *el-Eşbâh*, I, 247; Süyûtî, *el-Eşbâh*, s. 78; Baktır, Mustafa, Umûmü'l-belvâ, *DİA*, XXXII, 155-156.

Örf ve âdette, muttarid (süreklî) ve galib olma, târî (sonradan ortaya çıkmış) olmama, nassa muhalif olmama ve aksi yönde sarahat bulunmama gibi şartlar ileri sürüldüğü gibi,¹⁰⁶ umûmü'l-belvâda da mevhum değil fiilen gerçekleşmiş olma, toplumun çoğunluğunu kapsayan bir zaruret haline dönüşmüş olma, kat'î bir nassa aykırı olmama ve mâsiyet kabul edilen bir hususta olmama gibi şartlar ileri sürülmüştür.¹⁰⁷

Bu şartların klasik isticrâr akdinde oluştuğunu dikkate alan fakihlerden bazıları isticrâr akdine cevaz vermiştir. Burada üzerinde durulması gereken asıl konu “nassa muhalif olmama” şartıdır. Zira bu şart, aslında istihsanın “telezzüz” olarak itham edilmesiyle de doğrudan bağlantılıdır. Bu durumu nassın karşısında aklın ve reyin tercihi olarak algılayanlar istihsanı reddetmiş, Şarî'in o nasla hedeflediği hakaniyet ve adalet ilkesine ulaşmak amacıyla o kapsamdaki nasların ortaya koyduğu ilkeye göre amel etme olarak algılayanlar ise bu değerlendirmeyi reddetmiştir.¹⁰⁸

Bu bağlamda akit teorisinde ileri sürülen malın mevcut olma şartı, klasik isticrâr akdini tartışmalı hale getiren en önemli husustur. Konuyla ilgili rivayetler incelendiğinde üç kategoride olduğu anlaşılmaktadır. Hemen teslim edilemeyecek (henüz doğmamış) canlı hayvanının satımını yasaklayan,¹⁰⁹ henüz olgunlaşmamış meyve ve tahılın satımını yasaklayan,¹¹⁰ kişinin kendisine ait olmayan ya da yanındaki olmayan malın satılmasını yasaklayan rivayetlerdir.¹¹¹ Birinci gruptaki hadisler aynı zamanda cahiliye uygulaması olarak nitelenen, teslimi kesin olmayan zarar ve ziyan içeren ma'dûmu, ikinci grup, istifade edilebilecek hale gelmeden önceki ma'dûmu, üçüncü grup ise kişinin sahip olmadığı ma'dûmu ifade etmektedir.¹¹²

İsticrâr akdinin aleyhine delil getirilen hadisler, üçüncü gruptaki hadislerdir. Hakîm b. Hizâm'dan rivayet edildiğine göre Hakîm b. Hizâm Hz. Peygamber'e, birisi gelip yanımda olmayan bir şeyi (satmamı) istiyor. (Ona satmak) için çarşıdan alayım mı? dediğinde, Hz. Peygamber; “Hayır, yanıda olmayan bir şeyi satma”

106 Ebu Sünne, Ahmed Fehmi, *el-'Urf ve'l-âde fi re'yi'l-fukaha*, Matbaatü'l-Ezher, yy. 1947, s. 56-68.

107 Devserî, Müslim b. Muhammed b. Macid, *Umûmü'l-Belvâ*, Mektebetü'r-rüşd, Riyad 2000; s. 338-352.

108 Şakirü el-Hanbelî, s. 320.

109 Şevkânî, Ebû Abdillâh Muhammed, *Neylü'l-evtâr şerhü Münteka'l-Ahbâr*, Dâru'l-Hayr, Dimâşk 1996, V, 164-165.

110 Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr*, V, 191-194.

111 Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr*, V, 172-173.

112 San'ânî, Muhammed b. İsmail, *Sübülüs-Selâm şerhüBuluğî'l-merâm min cem'i edilleti'l-ahkâm*, I-IV, (thk. Muhammed Abdülaziz el-Hulî), Dâru'l-Cil, Beyrut 1979, III, 805-806, 809-810, 815-817; İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdü'l-meâd fi hedyi hayri'l-'ibâd*, (thk. Şuayb el-Arnâvud-Abdülkadir el-Arnâvud), Müessesetü'r-Risale, Beyrut 1998, V, 716-720.

buyurdu.¹¹³ Benzer bir rivayette ise, “Borç (para) verme şartıyla satış, bir satışta iki şart, zararı tazmin edilmeyen malın satışı ve kişinin yanında olmayan şeyi satması helal değildir”¹¹⁴ buyruldu. Her iki rivayet ma’dûmun satışının yasaklığına delil olarak getirilse de, hadislerin yorumlanmasında bir ittifak sağlanamamıştır.¹¹⁵ İbn Kayyim’in de ifade ettiği gibi, naslarda zikredilen yasağın amacı malın ma’dûm oluşu değil, aksine garar içermesi ve bir nevi kumara benzemesidir. Zira satıcı elinde mevcut olmayan muayyen bir şeyi sattığında, müşteriye teslim etmek için o malı bulup bulmama konusu şüphelidir. Bu nedenle Hz. Peygamber tarafından yasaklanmıştır.¹¹⁶ İsticrâr akdinde ise mahsuplaşma anı akdin olduğu an kabul edildiğinde bu anlamda gararı oluşturacak bir ma’dûmiyet söz konusu değildir. Zira bu durumda akid, müşterinin teslim aldığı, hatta tam olarak istifade ettiği bir mal üzerinde gerçekleşmiştir. Böylece malın teslimine yönelik herhangi bir garar bulunmamaktadır.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi finans sektöründe bir enstrüman olarak kullanılan ya da kullanılması düşünülen isticrâr modelinin ise nevi şahsına münhasır bir yapıya büründüğü anlaşılmaktadır. Her ne kadar klasik isticrâr akdiyle isim benzerliği noktasında ortak olmuş olsalar da, içeriğinin farklılığı ve karma bir yapıya bürünmesi nedeniyle yeni bir akit olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Genel kurala aykırı olan klasik isticrâr akdinde örf, teamül ve umûmül-belvanın şartlarının oluştuğuna kanaat getiren fakihler bu akde istihsan yoluyla cevaz vermişlerdir. Bu gerekçelerin İslamî finasta oluştuğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Zira İslamî finasta uygulanan isticrâr modelinin işlem hacmine yönelik yıllık veriler, bunun teamül ya da umûmül-belvayı oluşturacak seviyede olmadığını göstermektedir. Uygulama aşamasında olmayan bölgeler açısından ise bir teamülden bahsetmek mümkün gözükmemektedir. Klasik isticrâr akdini İslamî finasta uygulanan/uygulanacak isticrâr modeline referans göstermek, hiç şüphesiz bu modeli tartışmalı hale getirecektir. Bu nedenle finasta önerilen isticrâr modelinin maslahat ekseninde bağımsız bir akit olarak değerlendirilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Ancak burada maslahatın mevhum değil gerçek olması önem arz etmektedir. Zira faize alternatif olan sektörün amacı sadece şekilsel şartları yerine getirmek değil, aksine toplumun suhûletle kabul edeceği meşruiyet zeminini oluşturmaktır.

113 Tirmizi, “Büyü”, 19; Ebû Dâvûd, “İcare”, 68.

114 Tirmizi, “Büyü”, 19; Ebû Dâvûd, “İcare”, 68.

115 Hadisin değerlendirilmesi ve farklı yorumları için bk. İbn Kayyim, *Zâdü'l-meâd*, V, 716-720; a.mlf, *İ'lâmü'l-muvakkî'in*, II, 19; Karadağ, <http://www.qaradaghi.com/chapterDetails.aspx?ID=326>

116 İbn Kayyim, *Zâdü'l-meâd*, V, 716.

SONUÇ

Toplumdaki uygulamalardan yola çıkan klasik dönem fakihleri, isticrâr akdi-ne yönelik tasavvurlar oluşturmuş ve bunları meşruiyet zeminine çekme amacıyla farklı fikhî çözüm önerileri getirmişlerdir. Yapılan işlemi satış akdi olarak kabul edenler olduğu gibi satış akdi olarak kabul etmeyenler de bulunmaktadır. Bu duruma a-sahibinin izniyle tüketilen malın tazmini, b-malın aynının borç olarak kabul edilmesi, c-bedel şartıyla yapılan hibe, d-sevm-i şira ile teslim alınmış mal olarak kabul edilmesi gibi çözümler önerilmiştir. Biz, bu önerilerden isticrârın mahsuplaşma anında gerçekleşen satış akdi olarak kabul edilmesinin fikhî açıdan daha tutarlı olduğu kanaatindeyiz.

Akit teorisi bakımından yerleşik ve genel kurallara aykırı gözükten klasik isticrâr akdine cevaz veren fakihler istihsan metodunu kullanmış örf, teamül ve umûmü'l-belvayı bunun gerekçesi olarak göstermişlerdir.

Günümüzde İslamî Finans kişi ya da kurumların özellikle tekrar eden işletme sermaye ihtiyaçlarını finanse etmede klasik isticrâr akdini yeni bir enstrüman olarak kullanmayı amaçlamaktadır. Önerilen/uygulanan isticrâr akdinin bağımsız bir akit olmadığı, tedarik sözleşmesi ya da modern murabaha kapsamında olduğu anlaşılmaktadır. Hatta uygulamada farklı işlem basamakları ilave edildiği görülmektedir. Bu durum modern isticrâr akdinin yapısal ve içerik olarak klasik isticrâr akdinden farklı yapıya büründüğünü göstermektedir.

Karma bir yapıya bürünen ve işlem türleri arasında fikhî değerlendirmeyi etkileyecek kadar önemli farklar bulunan modern isticrâr akdinin, ilgili türler arasındaki farkları dikkate alınmaksızın genel değerlendirmeye tâbi tutulmasının yanlış tahlillere yol açabileceği kanaatindeyiz. Ayrıca cevazı tartışmalı olan klasik isticrâr ile ilişkilendirmek suretiyle hükme bağlanmak istenmesi, hiç şüphesiz bu akdin meşruiyet zeminini tartışmalı hale getirecektir. Bu nedenle modern isticrâr akdinin yeni bir akit olarak kabul edilmesi, maslahat yoluyla hükme bağlanması ve bu konuda da “*usûlde teşdid, furûda teysir*” ilkesinin dikkate alınmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz.

DÎNÎ NİKÂH - RESMÎ NİKÂH KARŞILAŞTIRMASI VE MÜFTÜLERE NİKÂH GÖREVİNİN VERİLMESİ

Muhammed ERİNÇ*

Özet: Aile, toplumun en küçük sosyal birimi ve toplumu ayakta tutan en önemli çer-
kirdedir. İslam dini neslin devam ettirilmesini zaruriyyât-ı diniyyeden saymış ve bunu
sağlayan evlilik kurumuna büyük önem vermiştir. Aile kurumu, kadın ve erkek arasında
akdedilen nikâhla başlamaktadır. Ülkemizde kanunen geçerli olan resmî nikâhın yanı
sıra dînî nikâh veya imam nikâhı adı verilen bir nikâh daha yapılmaktadır. Oysaki evlili-
ğin hukuken/dinen geçerli olması için tarafların karşılıklı irade beyanlarının olduğu tek
nikâh yeterlidir. Ülkemizde yapılan iki ayrı nikâhın birbiri yerine geçip geçemeyeceği,
tek nikâh akdinin yapılmasının yeterli olup olmayacağı incelenmiştir. Bunun için İslam
hukuku ile medenî hukuk açısından karşılaştırma yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Nikâh, aile, medenî hukuk, İslam hukuku

The Comparison of Marriage and Its Results from the Point of view of Islamic Law and Civil Law

Abstract: Family is the smallest social unit of society and the most important core
that keeps society alive. Islam accepts, the continuity of the generation as a religious
obligation and gives great importance to marriage which allows it. Family begins with
marriage. In our country besides the civil marriage which is legally valid, another mar-
riage which is called religious marriage or imam marriage is also applied. However, for
both legal and religious validity, just one marriage is sufficient. The couple declares
their consent mutually in this marriage. It was researched that whether two different
marriage can be valid in place of eachother or only one marriage would be sufficient in
our country. For this reason it was compared from the point of view of Islamic law and
Civil law.

Keywords: Marriage, family, civil law, Islamic law.

GİRİŞ

Kur'an-ı Kerim'e göre Allah (c.c.); bitkileri, insanları ve her şeyi çift olarak yaratmıştır.¹ Allah (c.c.), insanların kendileri ile huzur bulmaları için onların tü-
ründen eş yaratmasını ve eşler arasında sevgi ve merhameti var etmesini kendisi-
nin varlığının ve kudretinin delili olarak göstermiştir.²

* KSÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi,
muhammederinc@gmail.com

1 Yâsîn, 36/36; Zümer, 39/6; Şûrâ, 42/11; Zuhruf, 43/12; Kâf, 50/7; Zâriyât, 51/49; Kiyâme, 75/39; Nebe',
78/8.

2 A'râf, 7/189; Rûm, 30/21.

İslam dini erkek ve kadından ırzlarını korumalarını istemiş³ ve bunun için de evliliği meşru kılmıştır. Fıtrat dini olan İslam, kadın ile erkeği birlikte düşünerek bütününcü ancak bir araya gelmeleriyle tamamlanacağını bildirmiştir.⁴

Kadın ile erkek arasındaki evlilik birliği nikâh ile oluşur. Aslında evlenmenin gerçekleşmesi için bir tane nikâh yeterlidir. Ancak nikâh konusunda İslam hukuku ile Türk Medenî Kanunu arasında birçok farklılıklar bulunmaktadır. Bu farklılıkların doğal sonucu olarak ülkemizde kanun tarafından kabul edilen nikâhın yaptırılmasının yanı sıra dîni hassasiyet dolayısıyla ayrıca İslam hukukuna göre bir nikâh daha yapılmaktadır. Böylece evlenen çiftler iki ayrı nikâh akdi yapmış olmaktadır. Makalemizde bu iki ayrı nikâh akdi ele alınarak ortak ve farklı yönleri ortaya konulacak, bu iki nikâhın birbiri yerine geçip geçemeyeceği, tek nikâh akdinin yapılmasının yeterli olup olmayacağı incelenecektir.

1. NİKÂH NEDİR?

Nikâh, aralarında evlenme engeli bulunmayan bir erkekle bir kadının hayatlarını geçici olmaksızın birleştirmelerini sağlayan akit ve evlilik ilişkisidir. Nikâh, ailenin oluşturulması için önemli bir akit olduğu gibi toplum açısından da önemlidir. Evlilik, ailenin temelini oluşturarak kadın ve erkeğin kendilerine özgü bir mahremiyet ve paylaşım alanı oluşturmalarına izin vermesinin yanı sıra insan neslinin devamına katkı sağlayan yegâne meşru ilişkidir.⁵ Kutsal kitaplara göre nikâhın iki işlevi vardır. Birincisi doğuma meşruiyet kazandırarak neslin sağlıklı bir şekilde üremesini sağlamaktır. İkincisi ise şehveti düzenleyerek iffeti temin etmesi nedeniyle cinsel aktiviteleri meşru kılan tek yol olmasıdır.⁶ Evliliğin amacı; eşlerin birbirlerinde huzur bulmaları, fiziksel ve psikolojik olarak birbirlerini tatmin etmeleri, karşılıklı sevgi ve saygıya dayalı olarak aileyi sağlıklı bir şekilde devam ettirmeleridir.

İslam hukukunda nikâh, diğer akitler gibi olmasına rağmen dîni önemi dolayısıyla; şahit, siga gibi bazı şartlar da aranmıştır. Ancak İslam hukuku, Hıristiyanlıkta olduğu şekliyle nikâhın sıhhati için nikâh akdinin din görevlisinin huzurunda oluşturulmasını şart koşmaz. İslam tarihinde Müslümanlar önemi dolayısıyla

3 Mü'minûn, 23/5; Nûr, 24/30-31.

4 Beşer, Faruk, *Hanımlara Özel İlmihal*, Seha Neşriyat, İstanbul 1989, s. 14-17.

5 Atar, Fahrettin, "Nikâh", *DİA*, TDV Yayınları, İstanbul 2007, XXXIII, 112.

6 Köse, Saffet, *Genetiğiyle Oynanmış Kavramlar ve Aile Medeniyetinin Sonu*, Mehir Vakfı Yayınları, Konya 2014, s. 103.

nikâhı, dînî ve hukukî hükümleri iyi bilen ve toplumda itibar gören bir kimse tarafından akdedilmesini arzu etmişlerdir. Bu geleneğin yansıması olarak ülkemizde İslam hukukuna göre yapılan nikâh akdine ‘imam nikâhı’ denildiği gibi⁷ ‘dînî nikâh’ da denilmektedir. İslam hukukunda nikâhla ilgili, ‘imam nikâhı’ veya ‘dînî nikâh’ kavramları olmadığı gibi günümüzde ‘dînî nikâh’ diye adlandırılan uygulama, Osmanlı Devleti’nde sonraki dönemlerde nikâh akdinin tescil edilme görevinin kadıların kontrolündeki imamlar vasıtasıyla yapılması uygulamasının uzantısıdır.⁸ Günümüzdeki dînî nikâh (imam nikâhı), Osmanlı’daki resmî olarak yapılan işlemin devamı ve kültürel karakter taşıyan bir uygulamadır. Ancak bu görev Osmanlı’da resmî olarak yerine getirilmişken, günümüzde imamların akdettikleri nikâh gayr-ı resmî bir uygulamadır.⁹

Türk Medenî Kanuna göre geçerli olan ve halk arasında ‘resmî nikâh’ veya ‘belediye nikâhı’ olarak bilinen nikâh akdi hukuken geçerli kabul edilmektedir. Toplumumuzda dînî hassasiyet gösterilerek nikâhın dinen geçerli kabul edilecek şekilde ve dînî normlara göre, resmî nikâhın yanı sıra, dînî nikâh veya imam nikâhı adı verilen bir nikâh daha yapılmaktadır. Evlilik için bir nikâh akdi yeterli olmakla birlikte toplumumuzdaki bazı hassasiyet ve âdetler dolayısıyla iki ayrı nikâh akdine ihtiyaç duyulmaktadır. Burada her iki nikâh karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır. Makalemizdeki bu karşılaştırmada toplumdaki isimlendirme göz önüne alınarak; İslam hukukuna göre yapılan nikâh ‘dînî nikâh’ ve ‘imam nikâhı’; Medenî Kanun’a göre yapılan nikâh ise ‘resmî nikâh’ olarak da isimlendirilecektir.

1.1. Türk Medenî Kanunu’na Göre Nikâh

Evlilik, Türk Medenî Kanunu tarafından düzenlenmiş olup bu şekilde yapılan nikâha halk arasında ‘resmî nikâh’ da denilmektedir. Türk Medenî Kanuna göre nikâh; evlenmeye ehil olan ve aralarında evlenmelerine hukuken engel bulunmayan kadın ile erkeğin birlikte müracaat etmeleri neticesinde, ayırt etme gücüne sahip ve ergin olan iki şahit huzurunda evlenme memuru tarafından yapılan akitir. Medenî Kanuna göre evlendirme memuru; belediye başkanı veya görevlendirileceği memur ya da köy muhtarlarıdır. Yapılan düzenlemeyle müftülere de nikâh

7 İkinci, Ekrem Buğra, Osmanlı Hukukunda İzinâme ile Nikâh, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi*, İstanbul 2006, sayı; 2, ss. 41-60, s. 44-54.

8 Apaydın, Hacı Yunus, Nikâh Akdinin Mahiyeti ve İmam Nikâhı Uygulaması, *Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Kayseri 2000, sayı; 9, ss. 371-380, s. 375.

9 Köse, *Genetiğiyle Oynanmış Kavramlar ve Aile Medeniyetinin Sonu*, s. 101.

akdetme yetkisi verilmiştir.¹⁰ Evlendirme memuru ayırt etme gücüne sahip ergin iki şahidin huzurunda, evlenecek kadın ve erkeğe, birbirleriyle evlenmek isteyip istemediklerini ayrı ayrı sorar (ıcap) ve olumlu cevapların sözlü olarak alınmasıyla (kabul) birlikte evlilik oluşur. Evlendirme memuru, evlenmenin kanuna uygun olarak ve tarafların karşılıklı rızaları ile olduğunu açıklar ve bunun belgesi olarak eşlere aile cüzdanı verir. Ayrıca evlenmenin geçerli olması için dînî tören yapılması şart olmadığı gibi aile cüzdanı gösterilmeden (resmî nikâh olmadan) dînî tören (dînî nikâh) yapılamaz.¹¹

1.2. İslam Hukukuna Göre Nikâh

‘Dînî Nikâh ile Resmî Nikâh Ayrımı’ başlığı altında değinileceği üzere nikâh akdi yapılış şekillerine göre; dînî nikâh ve medenî nikâh şeklinde ayrıma tabi tutulmuştur. Özel bir akit olması ve kendine göre bir sisteminin bulunmasından dolayı İslam hukukunda yer alan nikâh, medenî nikâh sistemine daha çok uymaktadır. Fakat İslam hukukuna göre yapılan nikâh, toplumumuzda ‘dînî nikâh’ adı ile anılmaktadır. Medenî Kanun’a göre geçerli sayılan resmî nikâhtan sonra genellikle din görevlileri tarafından akdedildiği için de bu nikâha ‘imam nikâhı’ da denilmektedir.

İslam hukukuna göre nikâh, aynı mecliste bulunan, aralarında evlenmelerine dinen bir engel bulunmayan, evlenme ehliyetine sahip olan kadın ve erkeğin veya vekillerinin ıcap ve kabulüyle gerçekleşir.¹² İcap ve kabul; evlenen kadın ve erkeğin birbiriyle uyumlu olan irade beyanlarıdır.¹³ Nikâh akdinin taraflarından birinin evlilik bağı kurmak için önce kullandığı tabire ‘ıcap’; yapılan teklife karşılık karşı tarafın rızasına delalet eden olumlu cevabına da ‘kabul’ denilir.¹⁴

İslam hukukuna göre nikâh akdinin geçerli olması için bir takım rükünler ve şartlar (in’ikad, sıhhat, nefâz ve lüzum şartları) aranmaktadır. Nikâhın sonuçları olarak da; mehir, nafaka, hürmet-i musahara, nesep, iddet ve miras konuları bulunmaktadır. Bunlarla ilgili bilgiler klasik kaynaklarda yer aldığı gibi günümüz araştırmacılarının yazdığı kitaplarda da topluca yer almaktadır. Bunlarla ilgili hükümlere fıkıh kitaplarından ulaşılabilir.

10 <http://www.yeniakit.com.tr/haber/muftulere-nikah-kiyma-yetkisi-tbmmden-gecti-386604.html> (Erişim: 30.10.2017)

11 Türk Medenî Kanunu (TMK), <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.doc>, (09.04.2017), md. 124-143.

12 Hukûk-ı Âile Kararnâmesi, md. 35.

13 Atar, “Nikah”, XXXIII, s. 114.

14 Seyyid Sâbık, *Fıkhu’s-Sünne*, Kuveyt 1968, VI, 64; Nizâm, el-Allâmetu’l-Hümmam Mevlânâ eş-Şeyh vd., *Fetâvâyi Hindîyye*, (Çeviren: Mustafa Efe), Akçağ Yayınları, İstanbul 1984, II, 255.

2. DÎNÎ NİKÂH İLE RESMÎ NİKÂH AYRIMI

Evlilik telakkisi çeşitli devirlere, milletlere ve hukuk nizamlarına göre değişiklik arz etmektedir. Evliliğin; dînî olması veya olmaması, erkeğin üstünlüğüne dayanması veya kadın-erkek eşitliğine dayanması, taraflardan birinin tek veya birden fazla olması gibi birçok şekli vardır.¹⁵ Evlilik birliğinin oluşması için yapılan nikâh akdine değişik organların müdahalesi olmuştur. İnsanların dînî düşünce ve duygularının tesiriyle dînî müesseseler doğrudan veya dolaylı olarak etkide bulunmuştur. Tarihi seyri göz önüne alınarak dînî evlilik müessesesinden söz edilebilir. Evlilik ilişkisi kutsal görülerek dine dayandırılırsa buna 'dînî evlilik' denir.¹⁶

Dînî evlilikte, din adamlarının katılımı şart olduğu gibi evlilik merasiminin ve evliliğin kutsanması da şarttır. Dînî evlilik şekline daha çok Katolik Hıristiyanlarda ve Katolik Hıristiyanlığın etkisinde bulunan hukuk sistemlerinde karşılaşılmaktadır.¹⁷

Hıristiyanların kilisede evlenmeleri bir gelenek değil, imanın gereğidir. Hıristiyanlıkta nikâh akdinin kutsal bir tören hâline gelmesi ve Kilise mevzuatına dâhil olması zamanla oluşmuştur.¹⁸

Musevilikte de nikâh akdinde bir din adamının hazır bulunması nikâhın in'ikad şartlarındandır.¹⁹

İslam hukukuna göre nikâh akdinin bir adamı tarafından veya onun huzurunda yapılması şart olmadığı gibi resmî görevli tarafından yapılması da dinen gerekli değildir.²⁰

Türkiye'de de medenî evlenme şekli kabul edilmiş olup, yetki verilmiş olan resmî görevlinin akdetmediği nikâh akdi kanunen geçersiz sayılmıştır.²¹ Ülkemizde uzun yıllar müftü ve imamların resmî nikâh yapması gerektiği tartışması yaşanmış olup müftülere de resmî nikâh yapma yetkisi verilmiştir.²² Bu düzenleme,

15 Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İz Yayıncılık, İstanbul 2006, I, 287.

16 Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 292; Kahveci, Nuri, *İslâm Aile Hukuku*, Hikmetevi Yayınları, İstanbul 2014, s. 49.

17 Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 292; Kahveci, *İslâm Aile Hukuku*, s. 49-50.

18 Ünal, Asife, Hıristiyanlıkta Kadın ve Aile Anlayışına Genel Bir Bakış, Dinler Tarihi Araştırmaları-III (Sempozyum, 09-10 Haziran 2001, Ankara), *Dinler Tarihi Derneği Yayınları*, Ankara 2002, sayı; 3, ss. 125-136, s. 128-130.

19 Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 293; Kahveci, *İslâm Aile Hukuku*, s. 50.

20 Aydın, Mehmet Âkif, "Aile Hayatı", *İlmihal-II İslâm ve Toplum*, TDV Yayınları, İstanbul 2000, ss.195-246, s. 200.

21 TMK, md. 141, 143.

22 <http://www.yeniakit.com.tr/haber/muftulere-nikah-kiyma-yetkisi-tbmm-den-gecti-386604.html> (Erişim: 30.10.2017)

resmî nikâh ile dînî nikâh ayrımının önüne geçilerek, evlenen çiftleri ikinci bir nikâh yapma zahmetinden kurtarmaya, yapılan nikâhların kayıt altına alınmasına yöneliktir.²³

İslam hukukundaki evlilik şekli, tarafların karşılıklı rızasının olmasına göre özel evlilik; nikâh akdinin şart ve unsurlarının din tarafından oluşturulduğu için de dînî evlilik şekli olarak değerlendirilen hukukçular vardır. Ancak kendine özgü sistemi ve özellikleri bulunduğundan dolayı İslam hukukundaki evlilik şekli daha çok medenî evlilik şekline uymaktadır.²⁴ İslam hukukuna göre yapılan nikâhta din adamının bulunması ve dua okuması nikâh akdine dînî bir karakter kazandırmaz.²⁵ Ülkemizde yapılan medenî nikâh, resmî görevli tarafından yapılmakta ve hukuken geçerli kabul edilmektedir. İslam hukukundaki nikâh akdi de her ne kadar medenî evlilik şekline girmekteyse de, resmî olarak kayıt altına alınmadığından dolayı, Medenî Kanun tarafından geçerli kabul edilmemektedir.

2.1. Dînî Nikâh ile Resmî Nikâh Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar

Kaynakları farklı olmakla birlikte ülkemizde yapılan dînî nikâh ile resmî nikâh arasında bazı benzerlikler vardır.

İslam hukukunda bir akit olmasının yanı sıra nikâhın ibadet yönü de bulunmaktadır. Nikâh başlı başına bir ibadet değildir. Nikâhın ibadet niteliği nikâhın yapılma biçiminde değil, dinin nikâhla ilgili hedeflerinin gerçekleştirilmesi ve sürdürülmesine yöneliktir. Aslında nikâh akdinin ibadet yönünün olması onun hukukî gereklerinin daha titiz bir şekilde yerine getirilmesi içindir. Nikâh akdinin ibadet yönünün olması dolayısıyla sadece resmî nikâhın yeterli olmadığı algısı oluşmuştur.²⁶

İslam hukukuna göre yapılan nikâh akdi; ayet, hadis ve fiilî sünnet başta olmak üzere İslam dininin kaynaklarına dayanmasına, hatta ibadet mesabesinde görülmesine rağmen, yapılış şekli bakımından dînî nikâh türüne girmemektedir. Zira dînî nikâh türünde nikâhın din adamı tarafından veya onun huzurunda akdedilmesi şart olduğu gibi nikâh akdinin dînî mekânda yapılması da şarttır. Bun-

23 Köse, *Genetiğiyle Oynanmış Kavramlar ve Aile Medeniyetinin Sonu*, s. 102.

24 Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 292, 294, 320; Kahveci, *İslâm Aile Hukuku*, s. 52.

25 Kahveci, *İslâm Aile Hukuku*, s. 39.

26 Zuhaylî, Vehbe, *İslam Fıkıhı Ansiklopedisi*, (Çev. A. Ural; A. Efe), Risale Yayıncılık, İstanbul 1991, IX, 32; Liv, Cemil, *Günümüze İmam Nikahına Yönelişlerin Gerekçeleri ve Resmî Nikah ile İmam Nikahının Fıkıhî Açısından Karşılaştırılması*, *Amasya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Amasya 2014, sayı; 2, ss. 163-191, s. 172-174, 186-187.

dan dolayı hem İslam hukukuna göre akdedilen nikâh hem de medenî hukuka göre yapılan nikâh, medenî evlilik şekline uymaktadır.

Nikâh akdinin medenî nikâh şeklinde yapılmış olması onun ibadet fazileti taşımasına engel olmadığı gibi nikâhın ibadet özelliği taşıyor olması onun devlet kontrolünde olmasına da engel değildir.²⁷ Ülkemizde dînî nikâh adı altında İslam hukukuna göre yapılan nikâh akdinin, Hıristiyanlıkta olduğu şekilde, din adamı tarafından veya onun huzurunda akdedilmesi şartı olmadığı gibi dînî mekânda yapılması şartı da yoktur. Zaten İslam'da ruhbanlık ve din adamlığı gibi mukaddes bir sınıf yoktur.²⁸ İslam hukukuna göre yapılan nikâhta, dînî görev icra eden imam, müftü vb. nikâh töreninde yer alarak dua okuması nikâh akdine dînî bir karakter kazandırmaz.²⁹

Nikâh için yapılacak tarif, hem dînî nikâh hem de resmî nikâh için geçerli olacaktır. Nikâh; evlenme ehliyetine sahip olan, aralarında evlenme engeli olmayan erkek ile kadının, evlenme için irade beyanlarını şahitler huzurunda belirtmelerinden ibarettir. Aralarında evlenme engeli olmayan erkek ile kadın arasında yapılması, şahitlerin bulunması, tarafların icap ve kabul ile iradelerini ortaya koymalarıyla yapılması bakımından her iki nikâh arasında benzerlikler mevcuttur. Nikâhın sonuçları itibariyle kadın ve erkek arasında; nafaka, hürmet-i musahara, nesep, iddet ve miras hükümlerinin sabit olması bakımından da benzerlikler bulunmaktadır.

Resmî nikâh ile dînî nikâh arasında bazı farklılıklar da bulunmaktadır. Nikâh; yasaların herhangi bir dine dayanmadığı hukuk sistemlerinde sadece bir mukavele olarak görülürken, İslam hukukunda bir akit olmasının yanı sıra aynı zamanda Allah'a yakınlaşma olan ibadet hükmündedir. Evlenme engeli olarak süt hısımlığından doğan mahremiyet ve din farkının olması hâlinde resmî olarak nikâh geçerli olurken, İslam hukukuna göre bu durumlar geçersizdir. Bunun aksi bir durum ise evlatlık ilişkisinde bulunmaktadır.³⁰

Ülkemizde dînî nikâh olarak yapılan nikâh herhangi bir kayıt altına alınmadığı gibi dînî nikâhla evlenen kimselerin boşanmaları da kayıt altına alınmamaktadır. Dînî nikâh, resmî olarak kayıt altına alınmadığı ve kanunen geçerli sayılmadı-

27 Liv, *Günümüze İmam Nikahına Yönelişlerin Gereçekleri ve Resmî Nikah ile İmam Nikahının Fıkhi Açısından Karşılaştırılması*, s. 172-174.

28 Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 294.

29 Kahveci, *İslâm Aile Hukuku*, s. 39.

30 Beşer, *Hanımlara Özel İlmihal*, s. 296-297.

ğı için medenî hukuka göre bir sonuç doğurmamaktadır. Böyle bir nikâhın, resmî nikâhtan önce yapılması kanunen yasak olduğu gibi, resmî nikâhın geçerli olması dinî nikâhın yapılmasına da bağlı değildir.³¹ Kayıt altına alınmayan dinî nikâh akdi, kanunen tanınmamakta ve taraflar ile üçüncü kişiler açısından da mağduriyetlere sebep olmaktadır.

Hanefî âlimlere göre nikâh akdi yapma ehliyetine sahip olan kadın ve erkeğin yerine veli ya da vekilleri nikâh akdinde taraf olabilir ve taraflar adına nikâh akdini gerçekleştirebilirler.³² Türk Medenî Kanun'u ise evlenecek tarafların birlikte başvuruda bulunmasını ve nikâh akdi esnasında bizzat bulunmalarını şart koşmaktadır (TMK, md. 134,142). Yine Medenî Kanun, ayrıca velinin bulunmasını şart koşmamaktadır.

İslam hukukuna göre nikâh akdinde şahitlik yapacak kimseler için; Müslüman, akıllı, bulûğa ermiş, erkek ve hür olma şartları arandığı gibi şahitlerin birden fazla olması zorunludur.³³ Hanefîler dışındaki İslam hukukçuları nikâh akdindeki şahitlerin erkek olmasını gerekli görürler.³⁴ İslam hukukuna göre nikâh için iki şahit gereklidir. Hanefîler nikâh şahitliği için iki erkeğin olmasını veya bir erkekle birlikte iki kadının bulunmasını yeterli görürler. Buna göre iki kadının şahitliğiyle akdedilen nikâh geçerli olmaz.³⁵ Ebu Hanife ve Ebu Yûsuf evlenen kadının Müslüman değil de ehl-i kitaptan olması hâlinde şahitlerin de ehl-i kitaptan olabileceği görüşündedir.³⁶ Medenî Kanun ise ayırt etme gücüne sahip, ergin olan iki şahidin bulunmasını yeterli görmektedir.³⁷ İslam hukuku nikâh şahidi olarak Müslüman olmayı ve en az bir şahidin erkek olmasını şart koşarken; medenî hukukta şahidin yalnızca ayırt etme gücüne sahip (akıllı olması/temyiz) ve ergin (reşid) olması şartı vardır. Buna göre aynı zamanda nikâha şahit olan bayan memurun akdettiği nikâhta sadece iki bayan şahidin bulunması veya şahitlerin gayr-i müslim olmaları hâlinde böyle bir nikâh klasik İslam hukukundaki yaklaşıma göre geçerli olmayacaktır.³⁸

31 TMK, md. 143.

32 Cezîrî, Abdurrahman, *Dört Mezhebe Göre İslâm Fıkhi*, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992, IV, 2058-2059.

33 Zuhaylî, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, IX, s. 60-63; Cezîrî, *Dört Mezhebe Göre İslâm Fıkhi*, IV, s. 2058-2059; Atar, "Nikah", XXXIII, s. 116.

34 Zuhaylî, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, IX, s. 61.

35 Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed, *el-Mebcut*, (Editör: Mustafa Cevat Akşit), Gümüşev Yayınları, İstanbul 2008, V, 51-52; Nizâm, *Fetâvâyi Hindiyeye*, II, 257.

36 Nizâm, *Fetâvâyi Hindiyeye*, II, 256; Atar, XXXIII, "Nikah", s. 116.

37 TMK, md. 141.

38 Serahsî, *el-Mebcut*, V, 51; Zuhaylî, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, IX, 61; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 294.

İslam hukukunun kadına vermiş olduğu malî haklardan biri mehirdir. Mehir, nikâh akdinin bir hükmü olarak kadının lehine doğurduğu sonuçlardandır.³⁹ İslam hukukundaki mehir uygulaması medenî hukuk tarafından düzenlemeye alınmamıştır.

İslam hukukuna göre nafaka, nikâh akdinin yapılmasıyla birlikte erkek tarafından yerine getirilir. Evlilik boyunca devam eden nafaka görevi, boşanma durumunda da iddet süresi boyunca erkek tarafından yerine getirilir.⁴⁰ Türk Medenî Kanunu ise evlilik birliğinin sona ermesinden sonra kadının bir geliri olmaması durumunda yeni bir evlilik yapana kadar veya taraflardan birinin ölümüne kadar kocanın nafaka ödemesini esas alır. Ayrıca İslam hukukundaki uygulamanın tersine, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf erkek olursa ayrıldığı karısından nafaka alabilir.⁴¹ Buna göre İslam hukukunda nafaka görevi sadece erkeğe yüklenmişken Medenî Kanun'da nafaka görevi yerine göre bazen kadına da yüklenmiştir. Yine İslam hukukunda iddet müddetinin sona ermesiyle erkeğin nafaka borcu sona ererken, Medenî Kanun'a göre yoksulluk nafakası karşı tarafın malî gücü oranında süresiz olarak yerine getirilmesi gerekir.

İslam hukukuna göre hürmet-i musahara ile oluşan evlenme engeli Medenî Kanun tarafından da tanınmaktadır. Ayrıca evlatlık da evlat gibi değerlendirilmektedir.⁴² Fakat Hanefî ve Hanbelî mezheplerinin hürmet-i musahara olarak kabul ettiği sahih evlilik dışındaki durumlar Medenî Kanun'da yoktur. Buna göre zina etmiş kimselerin çocuklarının evlenmelerine engel olmadığı gibi bizzat kendileri, diğerinin çocuğuyla evlenebilir. Türk Medenî Kanunu, 18 ve 129. maddelerinde evlilik birliğinin sona ermesi hâlinde bile kayın hısımlığının sona ermeceğini karara bağlamıştır. Farklı bir uygulama olarak İslam hukukunda evlenen çiftler arasında cinsel ilişki vuku bulmadan ayrılmaları durumunda kadının kız çocuğu ayrılmış olan erkek ile evlenebilmektedir.⁴³ İslam hukukçuları bu durumla ilgili olarak; kızlara yapılan nikâhla annelerin haram olacağını, annelerle zifafa girmekle kızlarının haram olacağı kuralını koymuşlardır.⁴⁴

Nikâhın bir sonucu olarak nesep; çocuğu, anne ve babasına bağlayan kan ve soy bağıdır. İslam hukukuna göre nesep ile yeni doğan çocuğun, anne ve babasıyla arasındaki tabii ve hukuki bağ ortaya çıkar.⁴⁵ Türk Medenî Kanunu da doğumla

39 Hukûk-ı Âile Kararnâmesi, md. 69.

40 Talâk, 65/1, 6, 7.

41 TMK, md. 175-176.

42 TMK, md. 18, 129, 282.

43 Nisâ, 4/23.

44 Zuhaylî, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, IX, 107.

45 Karaman, Hayreddin, *Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku*, Ensar Yayıncılık, İstanbul 2014, II, 137; Kahveci, *İslâm Aile Hukuku*, s. 150.

birlikte çocuk ile annesi arasında soybağı (neseb) kurar. Çocuk ile baba arasında nesebin sabit olmasını ise; çocuğun annesi ile evlilik, babanın kabul etmesi ve mahkeme kararı ile olacağını kabul eder. Ayrıca Medenî Kanun evlat edinmeyi kabul ettiğinden dolayı, evlatlık ile evlatlık alan aile arasında soybağı oluştuğunu kabul eder.⁴⁶ Mahkeme tarafından butlanına karar verilen (geçersiz sayılan) evlilikten doğan çocukların nesebi de sabit olur.⁴⁷

Boşanma, kocası ölme, evliliğin feshedilmesi gibi yollarla evlilik birliğinin sona ermesi hâlinde kadının başka biriyle evlenebilmesi için zorunlu olarak beklemesi gereken süreye 'iddet' denir.⁴⁸ İslam hukukuna göre kadının beklemesi gereken iddet süreleri farklıdır. Buna göre boşanan kadının iddeti üç âdet dönemi⁴⁹, âdetten kesilmiş olanlar ile henüz âdet görmeyenlerin iddeti üç ay⁵⁰, eşi ölen kadının iddeti dört ay on gün⁵¹ iken, hamilelikte ise doğum yapana kadar⁵² iddet beklenir. Türk Medenî Kanunu da boşanan kadın için iddet süresi belirlemiştir. Bu süre kadının hamile olmaması hâlinde üç yüz gündür.⁵³ Medenî Kanun'a göre hamilelik süresi en fazla üç yüz gün olarak takdir edilmiştir⁵⁴ ve iddet süresi de kadının hamile olup olmadığına yöneliktir. Ancak kadının ayrıldığı eşinden hamile olmadığı anlaşılırsa veya ayrılan eşler tekrar evlenmek isterlerse iddet süresi mahkeme tarafından kaldırılmaktadır.⁵⁵

İslam hukukuna göre evlilik birliği içerisinde ölen erkek veya kadının eşi miras hak eder. Bunun dışında ric'î boşama sonucunda, iddet bekleyen kadının veya kocasının ölmesi durumunda da birbirlerine mirasçı olurlar.⁵⁶ Türk Medenî Kanunu da evlilik birliğinin devam etmesi kaydıyla eşlerin birbirlerine mirasçı olacağını belirtmiştir. Boşanan eşler birbirlerine mirasçı olamazlar.⁵⁷ Bu durumda iddet bekleyen kadının ve ayrıldığı kocasının mirasçı olması da mümkün değildir.

46 TMK, md. 282.

47 TMK, md. 157.

48 Acar, Halil İbrahim, "İddet", *DİA*, TDV Yayınları, İstanbul 2000, XXI, 466; Karaman, *Ana Hatırlarıyla İslâm Hukuku*, II, 132; Kahveci, *İslâm Aile Hukuku*, s. 247.

49 Bakara, 2/228.

50 Talâk, 65/4.

51 Bakara, 2/234.

52 Talâk, 65/4.

53 TMK, md. 132.

54 TMK, md. 285, 287.

55 TMK, md. 132.

56 Zuhayli, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, IX, 79; Acar, "İddet", s. 470.

57 TMK, md. 181.

2.2. Resmî Nikâh Olmadan Dînî Nikâh Yapmanın Sakıncaları

Türk Medenî Kanunu, resmî kayıt altına alınmış olan nikâh dışında yapılan nikâhî ve sonuçlarını kabul etmemektedir. Yapılacak olan kaydın, hukukî birçok soruna engel olacağı aşikârdır. Bundan dolayı nikâh akdinin kayıt altına alınması İslam hukukunun ruhuna uygun bir uygulama olmaktadır. Resmî nikâh olmadan yapılacak olan dînî nikâh hem kadının hem de erkeğin mağdur olmasına neden olabileceği gibi üçüncü şahısları ve toplumu da olumsuz yönde etkileyebilecektir. Böyle bir durumda nikâhın sonucu olarak; mehir, nafaka, hürmet-i musahara, nesep, iddet ve miras konularında ve özellikle boşanma konusunda birçok soruna ve mağduriyetlere neden olacaktır.

İslam hukukuna göre nikâh için kadın ve erkeğin aynı yöndeki irade beyanlarıyla nikâh akdi kolayca oluşmaktadır. Bu şekilde oluşan nikâh akdinin her türlü dînî/hukukî sonucu oluşur. Kadın, şer'î olarak tam anlamıyla erkeğin karısı olur ve karı-koca olarak yerine getirilmesi gereken görevler ve nikâhın sonucu olarak da haklar başlar.⁵⁸

Resmî nikâh yapılmadan sadece dînî nikâh diye adlandırılan nikâhın yapılması halinde, modern kültürün özendirmesiyle flört eden insanların birlikteliklerine veya kız-erkek arkadaşlığına şer'î bir kılıf uydurmak için nikâh alet edilmiş olacaktır. Niyetleri flört etmek olmayıp ciddi olarak evlenecek taraflar arasında da olsa böyle bir nikâhın sakıncaları bulunmaktadır. Resmî olarak kayıt altına alınmayan bir nikâh akdinin yapılmasında, tarafların sorumluluklarını yerine getirmemelerinden dolayı birçok sıkıntı yaşanmakta, özellikle nikâhın sona erdirilmesinde çok büyük mağduriyetler oluşmaktadır. Erkeğin, eşini boşaması hâlinde, kadın günümüz hukukuna göre hiçbir hak iddia edemeyecek ve bu durum kadının, hayat boyu mağdur olmasına neden olacaktır. Ayrılma isteği kadın tarafından istenip, erkeğin onaylamaması hâlinde kadın herhangi bir resmî kuruma müracaat edemeyecektir. Böylece erkek, kadını boşamayıp onu cezalandırma yoluna gidecek ve kadın dinen evli olduğu için de başkasıyla evlenemeyecek veya evlenmesi hâlinde şer'an ömür boyu zina hayatı yaşamış olacaktır.⁵⁹

Düğün öncesinde yapılan nikâhî İslam hukuku tavsiye etmediği gibi böyle bir nikâh İslam'ın ilk dönemlerinde de uygulanmamıştır. Doğru bir uygulama olmamakla birlikte düğün veya resmî nikâh öncesinde çeşitli nedenlerle dînî

58 Beşer, Faruk, *Hanımlara Özel Fetvalar*, Nün Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 209.

59 Köse, *Genetiğiyle Oynanmış Kavramlar ve Aile Medeniyetinin Sonu*, s. 97-101; Beşer, *Hanımlara Özel Fetvalar*, s. 209-210.

nikâh yapılması zorunluluğu varsa eğer, öncelikle resmî nikâhın yapılması uygun olacaktır. Burada dînî yaptırımın olmadığı bir ortamda şer'î olmayan yollarla da olsa bir güç dengesi sağlanmış olacaktır. Böylece dînî olarak yerine getirilemeyen yükümlülükler kanunen güvence altına alındığı için birçok soruna ve mağduriyete çare olacaktır. Nikâh akdiyle birlikte evlilik fiilen gerçekleştiği için haklar ve sorumluluklar da başlar. Bundan dolayı nikâh akdi düğün yapılanı kadar akdedilmemelidir.⁶⁰ Resmî nikâh olmadan yapılacak olan dînî nikâhın sakıncaları bulunduğu gibi nişanlılık döneminde dînî veya resmî nikâh yapılması da yanlıştır.

Nişanlılık döneminde yapılacak olan nikâh, İslam hukukunun öngördüğü bir nikâh değildir. Çünkü nişanlılık ile evlenme gerçekleşmez. Nişanlılık sadece bir evlilik vaadidir. Bu dönemde yapılacak olan bir nikâh birçok sakıncayı bünyesinde barındıracaktır. Nişanlılıkta yapılan nikâh akdi, İslam hukukunun erkek ve kadından nikâh sonucunda istediği hak ve yükümlülükleri tam olarak karşılamaz.⁶¹ Örneğin nişanlılıkta yapılan nikâh ile akde dayanarak yerine getirilmesi gereken nafaka görevi erkek tarafından karşılanmadığı gibi taraflar evlilik öncesinde olduğu gibi bekâr yaşamaya devam etmektedirler. Nikâh akdi, evliliğin fiilen gerçekleştiğini ifade ettiğinden dolayı nikâhla birlikte haklar ve yükümlülükler başlar. Bundan dolayı nikâh akdi, fiilî olarak evliliğin gerçekleşeceği zamana kadar yapılmamalıdır Halk arasında dînî nikâh olarak bilinen nikâh akdi medenî hukuk tarafından geçerli kabul edilmemektedir. Bunun yanı sıra nişanlılık döneminde resmî nikâh akdinin yapılması da nişanlılık ilişkisinin ruhuna uygun değildir. Çünkü yapılan nikâh akdiyle birlikte nişanlılık sona erer ve evlilik ilişkisi başlar.⁶² Nişanlılık devresinde yapılacak olan nikâh, bu merhaleyi anlamsızlaştırdığı gibi birçok sorunu da beraberinde getirmektedir. Bu devrede yapılan nikâhların kalıcı ve onur kırıcı problemlere yol açtığı tecrübe edilmiştir. Saffet Köse'nin ifadesiyle bu devrede nişanlıların harama düşmeden daha rahat ve kolay görüşmeleri vb. saf niyetlerle yapılan 'naylon nikâh' sorun çözmekte, bizzat sorun çıkarmaktadır.⁶³ Birçok sakıncayı barındırdığından dolayı tarafların zarar görmemesi için nişanlılıkta dînî veya resmî hiçbir nikâh akdinin yapılmaması gerekir.

İslam hukukunda olduğu gibi medenî hukuka göre de nikâhla birlikte nişanlılık sona erer ve evlilik birliği kurulmuş olur. Nişan döneminde yapılan nikâhlar karşılaştırıldığında, dînî nikâhın sakıncası resmî nikâha göre daha fazladır. Dînî

60 Beşer, *Hanımlara Özel Fetvalar*, s. 209-211; Kahveci, Nuri, *İslâm Hukuku Açısından Nişanlılık*, Rağbet Yayınları, İstanbul 2007, s. 47-50.

61 Köse, *Genetiğiyle Oynanmış Kavramlar ve Aile Medeniyetinin Sonu*, s. 90, 97.

62 Kahveci, *İslâm Hukuku Açısından Nişanlılık*, s. 46-51.

63 Köse, *Genetiğiyle Oynanmış Kavramlar ve Aile Medeniyetinin Sonu*, s. 99-101.

nikâh kanunen tanınan bir durum olmadığı için, boşama hakkını nikâh esnasında elde etmemiş olan bir kadının boşanması dinen mümkün değildir. Böyle bir durumda kadın, sadece nikâhlandığı erkeğin boşanmasıyla ya da erkeğin rızası olursa mehir veya bir bedel karşılığında muhâlea yöntemiyle boşanabilir. Erkeğin böyle bir teklifi kabul etmemesi durumunda kadın boşanamaz ve evli olduğu için başka bir erkekle de evlenemez. Resmî nikâhta ise, en azından kayıt altına alındığından dolayı kadının veya erkeğin müracaat etmesi hâlinde evlilik, mahkeme tarafından sonlandırılabilir. Ancak böyle bir durumda kadın veya erkek, kanuna dayalı olarak, ayrıldığı eşinden nafaka ve tazminat hakkı elde edebilir.⁶⁴ Normal bir nikâhtan ziyade bazı nedenlerle formalite icabı yapılan fakat nikâhın gereği gibi karı-koca hayatı yaşanılmamış olan bu durumda erkek mağdur olabileceği gibi, İslam hukukuna göre nafaka yükümlülüğü olmayan kadın da mağdur olacaktır. Oysaki İslam hukukuna göre evlenmiş olan kadın ve erkek; sahih halvet olmadan veya cinsel birleşme olmadan ayrılmaları durumunda kadın, tam mehir alamayacağı gibi nafaka gibi nikâhın diğer sonuçları da doğmaz ve ayrıca iddet de beklemez.⁶⁵ Böyle bir ayrılma durumunda, eğer mehir miktarı nikâh esnasında belirlenmişse, kadın mehrin yarısını hak eder.⁶⁶ Fakat mehir miktarı belirlenmemişse kadın mehir alamaz, sadece erkeğin maddi durumuna bağlı olarak müt'a adı verilen bir hediye alabilir.⁶⁷ Tazminat konusunda ise günümüz İslam hukukçularından bazıları haksız sebeple nişanı bozan tarafın maddî ve/veya manevî tazminat ödemesi gerektiği kanaatindedirler. Çünkü İslam hukukuna göre haksız şekilde verilen zararın tazmin edilmesi şarttır.⁶⁸ Bu şekildeki boşanma, normal bir nikâh akdinin sonlandırılması şeklinde olan boşanma olarak değerlendirilirse de boşanmadan dolayı zararın olması hâlinde, haksız olan tarafa karşı maddî ve/veya manevî tazminat hakkı bulunmaktadır.⁶⁹

2.3. Nikâhta İslam Hukukuna Göre Geçerli Olan Fakat Medenî Hukukuna Göre Geçerli Olmayan Durumlar

Dayandığı hükümler dolayısıyla İslam hukuku ile medenî hukuk arasında farklılıklar bulunmaktadır. Bunun doğal sonucu olarak nikâh konusunda da İslam hukuku ile medenî hukuk arasında farklılıklar ve zaman zaman zıtlıklar da bulunmaktadır.

64 TMK, md. 174, 175.

65 Bakara, 2/236; Ahzâb, 33/57.

66 Bakara, 2/237.

67 Bakara, 2/236; Ahzâb, 33/49.

68 Kahveci, *İslâm Hukuku Açısından Nişanlılık*, s. 108.

69 Kahveci, *İslâm Aile Hukuku*, s. 261-262.

2.3.1. Teaddüd-i Zevcât (Birden Fazla Kadınla Evlenmek)

İslam hukukuna göre kadınların erkeklere eşit olduğu durumlar olduğu gibi, aralarında eşitliğin olmadığı durumlar da vardır. Çok evlilik⁷⁰, miras⁷¹, boşama hakkı⁷² ve şahitlik⁷³ konularında erkek ile kadın arasında eşitlik yoktur. İslam hukukuna göre kadın, birden fazla erkekle evlenemez. Ancak erkek için dörtle sınırlı olmak üzere birden fazla kadınla evlenmeye cevaz verilmiştir⁷⁴ ki buna ‘teaddüd-i zevcât’ denir.⁷⁵

Teaddüd-i zevcât izni, savaş gibi olağanüstü durumlarda erkek sayısının azalıp kadın sayısının çoğalması hâlinde kadınları korumak için cevaz verilmiş bir uygulamadır. Yoksa kadınların dışlanarak ikinci sınıfa itildiği, erkeklere harem kurmaları için verilmiş bir ödül değildir.⁷⁶ Teaddüd-i zevcât, nadir görülen ve istisnâî bir durumdur. Teaddüd-i zevcât, İslam dini tarafından kimseye vacip kılınmamış ve teşvik edilmemiştir. Umumî ve özel bazı sebeplerle mübah kılınmıştır. Şiddetli bir ihtiyaç olmadığı müddetçe buna başvurulmamalıdır.⁷⁷ İslam hukukunda birden fazla kadınla evlenilmesi durumunda adaletten ayrılmama şartı getirilmiştir. Kadınlar arasında adaletli davranmanın ise mümkün olamayacağı bundan dolayı da tek evlenmenin daha uygun olacağı belirtilmiştir.⁷⁸

Hem İslam hukuku hem de Medenî Kanun, kadının birden fazla erkekle evlenemeyeceğini kabul eder. Farklı bir uygulama olarak İslam hukukunda erkeğin belirli durumlarda birden fazla ve en fazla dört kadınla evliliğine izin verilmiş ancak tek eşlilik tavsiye edilmiştir. Kadın-erkek sayısı eşit olan ve herhangi bir zorunluluk hâli bulunmadığından dolayı ülkemizde Türk Medenî Kanunu’na göre, Kur’an’ın önerdiği gibi, tek eşlilik esastır.⁷⁹

2.3.2. Çocuğun Bulûğa Ermesiyle Birlikte Evlenebilmesi

Bulûğ adı verilen ergenlik; biyolojik gelişmenin objektif ve açık belirtisidir ancak bünye ve iklimlere göre değiştiğinden dolayı hangi yaşta ortaya çıkacağı belli

70 Nisâ, 4/3; Mü’minûn, 23/6; Meâric, 70/30.

71 Nisâ, 4/11.

72 Bakara, 2/229-232; Ahzâb, 33/49; Talâk, 65/1-6.

73 Bakara, 2/282.

74 Nisâ, 4/3.

75 Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, “Te’addüd-i zevcât md.”, Ensar Yayınları, İstanbul 1998, s. 552.

76 Kaynak, Mesut, *Kur’ân’da Kadın*, Yay Matbaacılık, İstanbul 2003, s. 24, 34.

77 Zuhayli, *İslam Fıkıhı Ansiklopedisi*, IX, 136.

78 Nisâ, 4/3; 129.

79 Kaynak, Mesut, *Kur’ân’da Kadın*, s. 33.

değildir. En az yaşı kızlarda dokuz, erkeklerde on iki yaştır. Bulûğun azami yaşı on beş olarak kabul edilmiştir.⁸⁰

Evlilik ehliyeti konusunda geçmiş dönem İslam hukukçularının görüşlerine göre; hür, akli melekeleri yerinde ve bulûğa ermiş olmak yeterli görülmüştür. Buna göre bulûğ çağına ulaşan kişinin yapacağı nikâh akdi geçerlidir. Akıllı ve bulûğa ermiş olma günümüz şartlarında evlilik birliğini yürütmek için yeterli değildir. Çünkü geçmişin aksine günümüzde bulûğa eren gençler kendilerini evliliğe hazır hissetmedikleri gibi aileler de gençleri buna hazırlamamaktadır. Bundan dolayı evlilik için ayrıca rüşd çağı aranmalıdır.⁸¹ Evliliğin esaslı hedefleri, küçüklerin evlenme çağına gelmelerine kadar denenmesini emreden Nisâ Sûresi'nin 6. ayeti ve günümüz şartlarıyla uyumlu olmadığından dolayı küçüklerin evlendirilmesi uygulaması İslam hukukunun ruhuna uymamaktadır.⁸²

Türk Medenî Kanunu ayırt etme gücü bulunmayanlar ile küçüklerin fiil ehliyetinin olmadığını belirtir.⁸³ Kanuna göre on yedi yaşını doldurmayan erkek ve kadın evlenemez. Olağanüstü durumlar ile pek önemli sebebin bulunması hâlinde on altı yaşını dolduran erkek ve kadın için hâkim tarafından evlenme izni verilebilmektedir.⁸⁴ Dolayısıyla kanunen reşit olmayanlar, bulûğa ermiş olsalar bile kendi iradeleriyle evlenemezler.

2.3.3. Küçük Çocukların ve Akıl Hastalarının Velisi Tarafından Evlendirilmesi

İslam hukukçularının bazıları tam ehliyetsiz küçükleri ve akıl hastalarını velilerinin evlendirebileceğini belirtmişlerdir.⁸⁵ Osman el-Bettî, Abdullah b. Şübrüme ve Ebu Bekir el-Esam gibi İslam hukukçuları da küçüklerin evlendirilmelerini geçerli saymamışlardır.⁸⁶

Küçüklerin evlendirilemeyeceği Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde kanunlaştırılmıştır. Buna göre 12 yaşını doldurmamış erkek ile 9 yaşını tamamlamamış olan kız çocuklarının hiç kimse tarafından evlendirilemeyeceği belirtilmiştir.⁸⁷

80 Serahsî, *el-Mebcut*, VI, 81-82; Serahsî, *el-Mebcut*, IX, 304; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 244.

81 Kahveci, *İslâm Aile Hukuku*, s. 107.

82 Yaman, Ahmet, *İslam Aile Hukuku*, İfav Yayınları, İstanbul 2016, s. 40.

83 TMK, md. 14, 125.

84 TMK, md. 124.

85 Mevsli, Abdullah b. Mahmud, *el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr*, Çağrı Yayınları, İstanbul 2012, III, 94-95.

86 Serahsî, *el-Mebcut*, IV, 396-397; Zuhaylî, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, IX, 144; Aydın, Mehmet Âkif, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, MÜİFV Yayınları, İstanbul 1985, s. 23; Atar "Nikah", XXXIII, 115.

87 Hukûk-ı Âile Kararnamesi, md. 7.

İslam hukukuna göre başkalarının önceden izin vermesine veya akitten sonra icazetine gerek olmadan, kendi adına sahih ve nafiz nikâh akdi kurabilmek için evlenme ehliyeti gereklidir. Evlenme ehliyeti için tam eda ehliyetine sahip olunmalıdır. Bunun için de; hür, akıllı ve bulûğa ermiş olma şartlarının bir kimsede bulunması gerekir.⁸⁸ Hanefî mezhebine göre yedi yaşından büyük olan mümeyyiz küçüklerin icap ve kabulde bulunmaları durumunda nikâh mevkuftur yani velilerinin icazet vermeleriyle nafiz hâle gelir. Mümeyyiz küçükler, velilerinin izni olmadan evlenemezler ancak mümeyyiz küçükler rızaları olmasa dahi velileri tarafından evlendirilebilirler.⁸⁹

Mümeyyiz küçük iken babası tarafından evlendirilen kimseler, bulûğa erdikten sonra evliliği devam ettirmek veya evliliği bozmak için muhayyerlik hakkına sahip olmadığı dört mezhep tarafından kabul edilmiştir. Mâlikî ve Hanbelî mezheplerine göre mümeyyiz küçüğü sadece babası evlendirme yetkisine sahiptir. İmam Şafî bu yetkiyi, babanın yanı sıra dede için de tanır. Ebu Hanîfe ve İmam Muhammed ise, mümeyyiz küçükleri evlendirme yetkisini baba dışındaki veliler için de tanımıştır. Fakat onlara göre, baba ve dede dışındaki velilerin evlendirdiği mümeyyiz küçükler bulûğa erdikten sonra bulûğ muhayyerliği hakkına sahiptir.⁹⁰ Hanefî mezhebindeki bu görüşe göre baba veya dedenin evlendirdiği kimselerin muhayyerlik hakkı yoktur. Fakat mümeyyiz küçük iken baba veya dede dışındaki bir veli tarafından zorla evlendirilen kimseler bulûğa erince evliliklerini hâkime müracaat ederek feshettirebilirler. Bu görüşün aksine Ebu Yûsuf, baba ve dede dışındaki velilerin nikâhını lazım saymıştır.⁹¹

Kişinin geçerli bir evlilik yapabilmesi için gerekli hukukî yeterliliğe ‘evlenme ehliyeti’ denir.⁹² Evlilik akdi için evlenme ehliyetinin olması şartı vardır. Bunun için de akıl ve temyiz şarttır.⁹³ Akıl hastaları ehliyetsizdirler ve bundan dolayı kendileri adına yaptıkları nikâh akdi batıldır.⁹⁴ Akıl hastaları fikhen mümeyyiz olmayan çocuk hükmündedir ve evlenebilmeleri için velilerinin izin ve icazeti de olsa kendi irade beyanlarıyla evlenemezler. Fakat bu durumdaki akıl hastalarını velileri evlendirebilirler.⁹⁵

88 Aydın, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, s. 22.

89 Serahsî, *el-Mebcut*, IV, 421; Aydın, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, s. 23.

90 Köse, Saffet, *İslam Hukukuna Göre Evlenmede Velayet, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Konya 2003, sayı: 2, ss. 101-116, s. 104.

91 Serahsî, *el-Mebcut*, IV, 400-403; Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, III, 94-95; Zuhaylî, *İslam Fıkhu Ansiklopedisi*, IX, 70.

92 Aydın, Mehmet Âkif, “*Aile Hayatı*”, s. 210.

93 Zuhaylî, *İslam Fıkhu Ansiklopedisi*, IX, 42; Aydın, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, s. 17.

94 Zuhaylî, *İslam Fıkhu Ansiklopedisi*, IX, 68; Aydın, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, s. 17.

95 Serahsî, *el-Mebcut*, IV, 424; Aydın, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, s. 23.

Medenî Kanun, ayırt etme gücü bulunmayanlar ile küçüklerin fiil ehliyetinin olmadığını belirtir. Buna göre bulûğa ermiş olsa bile on yedi yaşını doldurmayan erkek ve kadın evlenemez veya başkası tarafından evlendirilemez. Olağanüstü durumlar ile pek önemli sebep bulunması hâlinde on altı yaşını dolduran erkek ve kadın için hâkim tarafından evlenme izni verilebilir.⁹⁶ Ayrıca Medenî Kanuna göre evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığı bulunanlar evlenemezler.⁹⁷ Bu derecede olmayan akıl hastalarının evlenebilmeleri için, evlenmelerinde tıbbî sakınca bulunmadığına dair resmî sağlık kurulu raporu gerekmektedir.⁹⁸

2.3.4. Evlatlık İlişkisi

Cahiliye Araplarında evlatlık müessesesi mevcuttu ve evlatlık ilişkisi evlilik engellerindendi.⁹⁹ Cahiliye döneminde evlatlık, öz çocuk gibi muamele görüyor ve öz çocuğun sahip olduğu miras dâhil bütün haklara sahip oluyordu. Cahiliye geleneğine göre evlatlığın boşadığı kadınla evlenmek yasaktı. İslamiyet, evlatlığı bir din kardeşi olarak telakki etmiş ve bu evlilik engelini kaldırmıştır. İslam, evlatlığın boşadığı kadınla nikâhlanmayı manevî babalar için helal kılmıştır. Hatta Hz. Peygamber (s.a.s.) bu geleneği kaldırmak için aynı zamanda halasının kızı olan ve azatlısı Zeyd b. Harise'nin boşamış olduğu Zeynep bt. Cahş ile evlenmiştir.¹⁰⁰ Bu evlilikten, Kur'an-ı Kerim'de de bahsedilmektedir.¹⁰¹ Yine Kur'an-ı Kerim'de evlatlıkların, öz çocuk olmadığı belirtilmiştir.¹⁰²

İslam hukuku evlatlık müessesini kabul etmediğinden dolayı evlatlığın boşamış olduğu kadın ile babalığın evlenmesinde dinen hiçbir sakınca yoktur. Hatta evlatlık olan kişi bulûğa erdikten sonra; kız ise manevî babası ile arasında, erkek ise manevî annesi ile arasında mahremiyet açısından haramlık doğmaktadır. Hâl böyle olunca evlatlık alınan kimse ile evlatlık alan arasında evlilik açısından herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Türk Medenî Kanunu hüküm olarak, İslam öncesinde olduğu gibi evlatlık kurumunu benimsemiştir. Buna göre evlatlık kişi ailenin ferdi sayılarak ailenin

96 TMK, md. 124-125.

97 TMK, md. 145.

98 TMK, md. 133, 136.

99 Sariçam, İbrahim, *Hz. Muhammed ve Evrensel Mesajı*, DİB Yayınları, Ankara 2003, s. 40; Karaman, Hayreddin, *İslâm Hukuk Tarihi*, İz Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 44.

100 Sariçam, *Hz. Muhammed ve Evrensel Mesajı*, s. 290.

101 Ahzâb, 33/37.

102 Ahzâb, 33/4.

soyadını almakta ve onlara mirasçı olmaktadır. Hatta evlatlık kişi hem önceki ailesinden hem de evlatlık alan aileden miras alma hakkına sahip olmaktadır.¹⁰³ Yine bu Kanun'un, evlenilmesi yasak olan kimseleri saydığı 129. maddesinde evlatlığı, normal evlat gibi değerlendirmiş ve evlilik yasağı kapsamına almıştır: “Evlât edinen ile evlâtlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında evlenme yasaktır.”

2.3.5. *Nikâh Akdi İçin Vekillik*

Vekil, vekil tayin eden müvekkilden yetki alır ve onun namına tasarruflarda bulunur. Hanefîler, tam ehliyet sahibi olan kadın veya erkeğin kendilerini evlendireceğini kabul ettikleri için nikâh akdinde vekil tayin edebileceğini sahih görürler. Hanefîler dışında kalan müctehidler ise kadın için velinin rızasını şart koştuklarından dolayı kadının, velisi dışında başka birini vekil tayin etmelerini sahih görmezler.¹⁰⁴ Mezhepler arasında farklı görüşler bulunmakla birlikte İslam hukukuna göre evlenecek olan erkek veya kadın, başka birine vekâlet vermek suretiyle, nikâh akdini vekili vasıtasıyla yapabilmektedir.

Türk Medenî Kanunu ise evlenecek erkek veya kadının nikâh akdi esnasında hazır bulunmalarını şart koşar.¹⁰⁵ Buna göre evlenecek kimselerin vekil tayin etmeleri mümkün değildir.

2.3.6. *Tefvîzu't talak (Boşama Hakkının Kadına Devredilmesi)*

Medenî hukuktan farklı olarak İslam hukukunda prensip olarak boşama yetkisi erkeğe verilmiştir.¹⁰⁶ Erkek, boşama hakkını bizzat kendisi kullanabileceği gibi boşama hakkını karısına verebilir veya başka birini bu konuda vekil kılabilir.¹⁰⁷ İslam Hukukuna göre erkeğin kullanabileceği boşama hakkı üçtür.¹⁰⁸ Koca boşama hakkının hepsini eşine devredebileceği gibi bir veya iki tanesini de devredebilir.¹⁰⁹ İslam hukukuna göre kocanın, boşama yetkisini eşine devretmesine ‘tefvîzu't talak’ denir. Bu uygulamada boşama yetkisine sahip olan koca, boşama yetkisini

103 TMK, md. 282, 314, 500.

104 Zuhaylî, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, IX, 174.

105 TMK, md. 142.

106 Bakara, 2/229-232; Ahzâb, 33/49; Talâk, 65/1-6; Hukûk-ı Âile Kararnâmesi, md. 102; Seyyid Sâbık, *Fıkhü's-Sünne*, 1968, VIII, 73-74.

107 Seyyid Sâbık, *Fıkhü's-Sünne*, 1968, VIII, 94.

108 Bakara, 2/229.

109 Kahveci, *İslâm Aile Hukuku*, s. 232-233.

nikâh akdi esnasında veya daha sonra eşine verebilmektedir.¹¹⁰ Mehir, kadına verilen değer bir ifadesi ve kritik bir dönemdeki sosyal garantisi olduğu için Hanefî mezhebinde mal ve para dışındaki bir şey mehir olamaz. Bundan dolayı kadının boşama hakkını istemesi veya alması mehir yerine sayılamaz.¹¹¹

İslam hukuku kadının bir bedel karşılığında eşinden ayrılması hakkını ayrıca vermiştir. Buna ‘muhâlea’ (hul’) denir.¹¹² Buna göre boşanmayı istemeyen eşinden ayrılmak isteyen kadın, evlilikten kurtulmak için kocasına bir bedel öder ve bu şekilde anlaşmadan dolayı erkek, karısını boşar.¹¹³ Osmanlı mahkeme sicilleri üzerine yapılan araştırmalara göre en çok rastlanılan boşanma şekillerinden biri muhâlea yöntemidir. Kadınlar genellikle mehir alacaklarını kocalarına bağışlamak suretiyle boşanma hakkını elde etmişlerdir.¹¹⁴

Türk Medenî Kanunu boşama hakkını erkek veya kadına vermemiş, boşanma isteğinde olan eşin mahkemeye başvurması suretiyle hâkim tarafından ayrılık veya boşamaya karar verileceği belirtilmiştir.¹¹⁵

2.3.7. Boşama Hakkına Sahip Olanın Boşamasıyla Nikâhın Sona Ermesi

İslam hukukunda boşama yetkisi erkeğe verilmekle birlikte nikâh akdi esnasında veya daha sonra boşama yetkisinin kadına devredilmesi de mümkündür.¹¹⁶ İslam hukukuna göre evlilik bağı erkeğin boşamasıyla sonlanacağı gibi, boşama hakkını elde eden kadının da boşaması geçerlidir. Ancak Medenî Kanun eşlere boşama yetkisi vermemiş, hem erkeğe hem de kadına eşit bir şekilde mahkemeye başvurmak suretiyle hâkim kararıyla boşanabileceklerini kararlaştırmıştır. Medenî Kanun’da boşanma sebepleri maddeler halinde zikredilmiştir.¹¹⁷ İslam hukukunda da; fizikî noksanlık ve hastalık, şiddetli geçimsizlik ve kötü muamele, nafakanın temin edilmemesi, kocanın evi terk etmesi veya kaybolması gibi hallerde kadının mahkemeye müracaat ederek tefrîk adı verilen hâkim kararıyla kazâî boşanmasını uygun görmüştür.¹¹⁸

110 Yaman, *İslam Aile Hukuku*, s. 77, 100-101; Kahveci, *İslâm Aile Hukuku*, s. 187.

111 Beşer, *Hanımlara Özel Fetvalar*, s. 179.

112 Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, “Hul’ veya Muhâle’a md.”, s. 162.

113 Bakara 2/229; Karaman, *Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku*, II, 119.

114 Yavuz, Yunus Vehbi, *Çağdaş Fıkıh Problemleri*, Feyiz Yayınları, İstanbul 2008, s. 218.

115 TMK, md. 167-170.

116 Kahveci, *İslâm Aile Hukuku*, s. 232.

117 TMK, md. 161-170.

118 Kahveci, *İslâm Aile Hukuku*, s. 216-224.

İslam hukukunda boşama, yeni bir nikâh gerektirip gerektirmemesine göre 'ric'î ve 'bâin' olarak; Kur'an ve Sünnet'e uygunluk açısından da 'sünnî' ve 'bid'i' olarak ayrımına tabi tutulur.¹¹⁹ Boşamaların özellikle sünnî veya bid'i olması açısından üzerinde çokça durulmuştur. Hangi boşamaların geçerli olacağı, üç boşama hakkının birden kullanılıp kullanılmayacağı gibi hususlar üzerinde tartışmalar yapılmıştır. Kadın yaratılış icabı duygusal olduğundan, erkeğin eşine verdiği veya vereceği mehir ve ailenin geçimi gibi hususların erkeğin üzerinde olmasından dolayı boşama hakkı erkeğe verilmiştir.¹²⁰ Fakat erkekler bu haklarını, sahabe döneminde bile kadın başta olmak üzere aileyi mağdur edecek şekilde kullanmışlardır. Günümüzde hem erkekler hem de kadınlar; nikâh ve talak başta olmak üzere aile hukukuyla ilgili konuları gereği gibi bilmemektedirler. Örneğin İslam hukukuna göre kadının en öncelikli hakkı mehir olup; kadın, mehrini almadan kendisini kocasına teslim etmeyebilir.¹²¹ Ancak uygulamada mehir konusu evlenen kişiler tarafından bilinmemekte veya nikâhı akdeden din görevlisinden farz olan bir yükümlülüğün olduğu öğrenilmekte fakat kadının bir hakkı olarak yerine getirilmemektedir. Evlilik öncesinde çiftlere; nikâh, talak ve bunların sonuçları ile ilgili ciddi eğitim verilmesi ailelerinin saadetine katkıda bulunacağı gibi boşanmaların da azalmasını sağlayacaktır.

2.3.8. Ric'î Boşama Durumunda İddet Süresi İçerisinde Erkeğin Ric'at Etmesiyle Nikâhın Devam Etmesi

İslam hukukuna göre boşama, yeni bir akit gerektirip gerektirmemesi açısından ric'î ve bâin talak olmak üzere ikiye ayrılır. Ric'î talak (dönülebilir boşama); boşamanın ardından erkeğin iddet süresi içerisinde yeni bir nikâh akdine gerek olmadan eşine dönebildiği boşamadır.¹²² Buna göre boşama durumunda kadın, boşama iddeti bekler. Üç âdet dönemi olan iddet süresi¹²³ dolana kadar evlilik hükmen devam eder. Erkek üçüncü boşama hakkını kullanmamışsa, bu süre dolmadan eşine dönüş yapabilir ve yeni bir nikâh akdi yapılması da gerekmez.

Türk Medenî Kanunu da boşanan kadın için, hamile olmaması hâlinde, üç yüz günlük iddet süresi belirlemiştir. Ancak boşanan eşlerin tekrar evlenmeleri

119 Talâk, 65/2; Serahsî, *el-Mebsut*, VI, 4; Acar, Halil İbrahim, "Talak", *DİA*, TDV Yayınları, İstanbul 2010, XXXIX, 498.

120 Kahveci, *İslâm Aile Hukuku*, s. 202.

121 Zuhaylî, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, IX, 222-224.

122 Talâk, 65/2; Serahsî, *el-Mebsut*, VI, 30; Köse, *Genetiğiyle Oynanmış Kavramlar ve Aile Medeniyetinin Sonu*, s. 340-341.

123 Bakara, 2/228.

için bu süre mahkeme tarafından kaldırılmaktadır.¹²⁴ İslam hukukundan farklı olarak Medenî Kanun'a göre iddet süresi içerisinde boşanan eşlerin tekrar bir araya gelmesi için yeni bir nikâh akdi yapılması gerekmektedir.

Türk Medenî Kanunu boşanma hakkını hem erkeğe hem de kadına tanımıştır. Medenî Kanun'a göre boşanma sebepleri sayılmış ve boşanma davası açma hakkı olan tarafa boşanmanın yanı sıra ayrılık hakkını da tanımıştır.¹²⁵ Buna göre boşama davası açma hakkı olan taraf boşama veya ayrılık davası açabilir. Ayrılık davasında boşanma kararı verilemezken, sadece ayrılık kararı verilebilir. Boşanma davasında ise hâkim boşama kararı verebileceği gibi ayrılık kararı da verebilir. Ayrılık kararı bir yıldan üç yıla kadardır. Ayrılık süresi sonunda evlilik fiilen başlamamışsa taraflar boşanma davası açabilirler.¹²⁶ Ayrılık süresinde taraflar başka biriyle evlenemeyecekleri ve evlilik hükmen devam ettiği için bu süre de iddet süresi olarak görülebilir. Ancak İslam hukukunda kadın iddet müddeti boyunca nafaka alırken; Medenî Kanun'a göre nafaka görevi sürekli devam ettiği gibi, nafaka görevi bazen de kadına yüklenilebilmektedir.

2.4. Nikâhta Medenî Hukuka Göre Geçerli Olan Fakat İslam Hukukuna Göre Geçerli Olmayan Durumlar

Medenî hukuk ile İslam hukuku arasında kaynak bakımından farklar vardır. Bunun neticesinde de birinin kabul ettiği durum diğerinde tam tersi olabilmektedir.

2.4.1. Din Farkı

Türk Medenî Kanunu evlenme ehliyetine sahip olan kimseler için din farkını evlilik engeli olarak görmez. Bu Kanuna göre Müslüman bir kadın veya erkeğin, dini ne olursa olsun, başka dine mensup karşıt cins kimseyle evlenmesine bir engel yoktur.

İslam dinine göre ise Müslüman bir kadın, Müslüman olmayan bir erkekle evlenemez.¹²⁷ Müslüman bir erkek, Müslüman veya ehl-i kitaptan olmayan bir kadınla evlenemez.¹²⁸ Buna göre Müslüman bir erkek; Müslüman kadınla evlenebi-

124 TMK, md. 132.

125 TMK, md. 167.

126 TMK, md. 170-172.

127 Bakara, 2/221; Mümtehine, 60/10; Hukûk-ı Âile Kararnâmesi, md. 58.

128 Bakara, 2/221.

leceği gibi ehl-i kitap olan iffetli kadınla da evlenebilir.¹²⁹ Ancak sağlıklı bir evlilik olabilmesi ve çocuklar açısından, Müslüman bir erkeğin ehl-i kitap olan kadınla evlenmesi ancak zorunlu ve özel şartlarla sınırlı tutulmalıdır.

İslam hukukunda din farkı geçici evlilik engeli olmasına rağmen, Katolik Kilisesi hukukunda; Hıristiyan olan bir kimseyle vaftiz edilmemiş (Hıristiyan olmayan) kimseler arasında evlilik yasaklandığı gibi, Protestan olan Hıristiyanlarla evlilik de yasaklamaktadır.¹³⁰

2.4.2. Kadının İddet Hâlinde Olması

Türk Medenî Kanunu'na göre boşanan kadın hamile ise hamileliği sona erene kadar, hamile olmaması durumunda boşanma tarihinden itibaren üç yüz gün geçmediği takdirde yeni bir evlilik yapamaz. Kadının, boşandığı kocasından hamile olmadığı anlaşılırsa veya eski eşyle tekrar evlenmek istemesi hâlinde mahkeme tarafından bu süre kaldırılabilir.¹³¹ Ancak resmî olarak kayıt altına alınmamış evliliğin (dînî nikâhın) sonlandırılması neticesinde veya resmî evlilik dairesi içerisinde olmak kaydıyla İslam hukukuna göre evliliğin sonlandırılmasıyla iddet bekleyen kadının bu durumu Medenî Kanun tarafından araştırılmamakta ve yeniden evlenmeye engel bir durum oluşturmamaktadır. Kanun maddesi gereğince hamile olmadığını ispatlayan bir kadının iddet süresi mahkeme tarafından kaldırılmakta ve kadının iddet dolayısıyla yeniden evlenmesine mâni bir durum kalmamaktadır.

Nikâh akdi yapılırken kadının; evlenilmesi haram olan kişilerden olmaması, başka biriyle evli olmaması ve iddet hâlinde olmaması şarttır.¹³² Hatta İslam hukukuna göre, iddet bekleyen kadınla evlenilemeyeceği gibi ona açıkça evlilik teklifinde dahi bulunulamaz.¹³³ Sadece ölüm iddeti bekleyen kadına üstü kapalı olarak evlilik teklifinde bulunulabilir.¹³⁴

İslam hukukuna göre üçüncü boşama hakkı kullanılmamışsa, boşama iddeti beklenmesi durumunda süre bitmeden erkek, rızası olmasa bile eşine dönüş

129 Mâide, 5/5.

130 Kahveci, *İslâm Aile Hukuku*, s. 96.

131 TMK, md. 132.

132 Nizâm, *Fetâvâyi Hindîyye*, II, 294; Zuhayli, *İslam Fıkıhı Ansiklopedisi*, IX, 43.

133 Acar, "İddet", s. 469; Kahveci, *İslâm Hukuku Açısından Nişanlılık*, s. 67-72; Kahveci, *İslâm Aile Hukuku*, s. 252.

134 Bakara, 2/235.

(ric'at) yapabilmektedir.¹³⁵ Yeni bir nikâh akdine gerek kalmadan, boşama hakkı bir eksilmek suretiyle, evlilikleri kaldığı yerden devam etmektedir. Medenî Kanun'a göre iddet bekleyen kadın, ayrıldığı eşiyle tekrar evlenmek isterse iddet süresi mahkeme tarafından kaldırılmaktadır. Fakat İslam hukukuna göre iddet süresi olan üç âdet dönemi dolmadan bile olsa, Medenî Kanun'a göre yeniden bir araya gelmeleri erkeğin geri dönüşüyle değil, yeni bir nikâhla olmaktadır. Medenî Kanun daha uzun bir iddet süresini kabul ettiğinden dolayı bu durumdaki iddet süresi İslam hukukuna göre boşanma iddeti süresini geçerse, evlilik yeni bir nikâhla yapılacağı için herhangi bir mahzur olmayacaktır.

2.4.3. Süt Akrabalığı

Süt emmeden doğan akrabalık ve bunun evlenme engeli olması önceleri Türk Medenî Kanunu'nda da kabul edilmişken sonradan bu durum Kanun'dan çıkarılmıştır.¹³⁶

Nisâ Sûresi'nin 23. ayetinde evlenilmesi haram olan kimseler sayılırken, 'sütanneler', ve 'süt kız kardeşler' de sayılmıştır. Hz. Peygamber (s.a.s.); "Nesep yönünden haram olanlar, süt hısımlığından da haram olurlar"¹³⁷ buyurmak suretiyle yasak kapsamını belirlemiştir. Buna göre ilk iki yaş içerisinde olmak şartıyla süt emen çocuk, süt emziren kadının öz çocuğu gibi kabul edildiğinde o aileden kimlerle evlenmesi yasaksa, süt emen çocuk da onlarla evlenmez.¹³⁸ Hukuk-i Aile Kararnamesi de, nesep yoluyla evlenilmesi yasak olanlar arasındaki nikâhı kabul etmediği gibi, süt yoluyla evlenilmesi haram olanlarla da evliliği yasaklamıştır.¹³⁹ Böyle bir evliliğin yapılması hâlinde nikâh akdi fasittir.¹⁴⁰

2.4.4. Üç Talakla Boşanan Kadının Tekrar Eski Kocasıyla Evlenmesi

Türk Medenî Kanunu boşanan eşlerin tekrar evlenmesine mâni değildir. Hatta boşanma sonrasında Medenî Kanun'a göre iddet beklemesi gereken kadın, ayrıldığı eşiyle tekrar evlenirse bu iddet süresi mahkeme tarafından kaldırılmaktadır. Bundan dolayı boşanan eşlerin tekrar evlenmesinde engel bulunmadığı gibi

135 Acar, Halil İbrahim, "Talâk", s. 498.

136 Kahveci, *İslâm Aile Hukuku*, s. 93.

137 Buhârî, "Nikâh" 20; Müslim, "Radâ" 1; Tirmizî, "Radâ" 1; Nesâî, "Nikâh" 49.

138 Kahveci, *İslâm Aile Hukuku*, s. 93-95.

139 Hukûk-1 Âile Kararnâmesi, md. 16, 18.

140 Hukûk-1 Âile Kararnâmesi, md. 54.

bu boşanmanın sayısı konusunda da herhangi bir sınırlandırma yoktur. Buna göre boşanan eşlerin istemeleri hâlinde yeni bir resmî nikâhla evlenmelerinde herhangi bir sınırlandırma ve engel yoktur.

İslam hukukuna göre karı-koca arasında üç ayrı boşama/boşanma hakkı vardır.¹⁴¹ Ayrılan eşlerin, boşanma sonrası tekrar evlenebilmeleri için üç talak hakkının tamamı kullanılmamalıdır. Dönüş yapılabilecek boşama iki defadır.¹⁴² Birinci veya ikinci boşama hakkı kullanıldığında iddet süresi bitmeden önce, yeni bir nikâh akdi gerekmeksizin, erkek dilerse hanımına dönebilir. Birinci veya ikinci boşama hakkı kullanıldığında, eğer iddet süresi biterse bâin talak gerçekleşmiş olur ve taraflar isterlerse yeni bir nikâh akdiyle tekrar evlenebilirler. Fakat tarafların sahip olduğu üç talak hakkını kullanıp bitirmeleri hâlinde ‘beynûnet-i kübrâ’ denilen ‘büyük ayrılık’ gerçekleşmiş olur. Bu durumdaki eşlerin yeni bir nikâhla evlenmeleri de yasaktır.¹⁴³ Üç talakla boşanan kadının iddetinin sona ermesinden sonra hile kastı olmaksızın başka bir erkekle cinsel yakınlaşmanın olduğu evlilik yapması, ardından ayrılığın vuku bulması ve kadının iddetinin bitmesiyle birlikte ilk kocasıyla arasındaki evlenme yasağı kalkar.¹⁴⁴ Böyle bir durumdaki bir kadının, önceki kocasıyla evlenebilmesi için, iddetinin bitmesinden sonra başka bir erkekle cinsi münasebetin şart olduğu sahih bir evlilik yapması, bu evliliğin erkeğin ölümü veya boşanmayla bitmesi ve kadının ölüm/boşama iddetinin bitmesi gerekir. Üç talakla boşanan kadını, kocasına helal kılmak için şeklî evlilik yapılarak gerekli şartlar suni bir şekilde yerine getirilmiş olmaktadır. Kadını, ayrıldığı eşine helal kılma anlamında Arapçada ‘tahlil’, Türkçede ‘hülle’ tabiri kullanılmaktadır.¹⁴⁵ Formalite icabı yapılan bu yöntemle hile yapılmasını Hz. Peygamber (s.a.s.) lanetlemiştir.¹⁴⁶

İslam hukuku eşlerin boşandıktan sonra tekrar evlenmelerini iki ile sınırlan-dırmış, üçüncü boşanmadan sonra neredeyse geri dönüşü olmayacak şekilde çok ağır bir şart koşturmuştur. Buna göre üç talakla boşanan kadın ve erkeğin, İslam hukukuna göre tekrar evlenmeleri neredeyse imkânsızdır.

141 Hukûk-ı Âile Kararnâmesi, md. 108.

142 Bakara, 2/229.

143 Acar, Halil İbrahim, “*Talak*”, s. 498-499.

144 Bakara, 2/230; Serahşi, *el-Mebcut*, VI, 12-15; Hukûk-ı Âile Kararnâmesi, md. 118.; Karaman, *Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku*, II, 130.

145 Köse, Saffet, “Hülle”, *DİA*, TDV Yayınları, İstanbul 1998, XVIII, 475-476.

146 Ebû Dâvûd, “Nikâh” 15; Tirmizi, “Nikâh” 28; İbn Mace, “Nikâh” 33.

2.4.5. Kadının Velisi Olmadan Evlenmesi

Türk Medenî Kanunu'na göre on yedi yaşını tamamlamış olan erkek ve kadın, kendi istekleri doğrultusunda, veli veya vasi olmadan nikâh yaptırabilirler. Olağanüstü durumlar ile pek önemli bir sebebe dayanarak on altı yaşını dolduran erkek ve kadının evlenmesi için mahkeme karar verebilir. Olanak olması durumunda evlenecek kimsenin anne ve babası veya vasisi hâkim tarafından dinlenir.¹⁴⁷ Buna göre nikâh için veli izni gerek olmadığı gibi nikâh akdi esnasında velinin bulunması da şart değildir.

Hanefîler dışında kalan İslam hukukçuları nikâh akdi esnasında velinin bulunmasını şart koşarlar.¹⁴⁸ Onlara göre veli nikâhta bulunmazsa veya nikâh için velinin izni yoksa nikâh sahih olmaz. Hanefîlerin çoğunluğu ise; hür, akli melekeleri yerinde ve bâliğa olan kadının, velisi olmadan, kendini veya kız ya da erkek olsun, küçük çocuğunu evlendirebileceğine hükmederler.¹⁴⁹ Hanefîlerden İmam Muhammed ise velisiz yapılan nikâhın ancak velinin icazetiyle geçerli olacağı görüşündedir.¹⁵⁰ Nikâhta velinin gerekliliğini şart koşanlar ile velisiz nikâhı geçerli kabul eden âlimlerin ayet ve hadislerden delili bulunmaktadır. Şafîî fıkıh âlimi Ebu Sevr ise her iki görüşü uzlaştırmaya çalışmıştır. Buna göre evlilik için kadın ve velisinin rızası mutlaka birlikte olmalıdır. Kadın veya onun velisi, diğerinin rızası ve izni dışında evliliğe tek başına karar vermemelidir.¹⁵¹

2.4.6. Nikâhın Resmî Kayıt Altına Alınması

İslam hukukuna göre nikâhın; aralarında evlenme engeli olmayan kadın ve erkeğin birbirine uygun icap ve kabulüyle, iki şahit huzurunda yapılmasından başka şekil şartı yoktur. Nikâhın din ve toplum hayatındaki önemi nedeniyle nikâh akdinin erken dönemlerden itibaren nikâhın hukuki yönünü bilen din veya hukuk adamlarının huzurunda yapılmasına özen gösterilmiştir. Dört halife döneminden itibaren nikâhlar resmî kayıt altına alınmıştır. Osmanlı döneminde ise nikâhın, kadı veya onun görevlendirdiği memur tarafından yapılması esası benimsenmiştir. Nafaka, nesep, mehir, iddet ve veraset gibi konularda ortaya çıkabilecek olası problemlerin çözümü için nikâh ve boşanmanın kayıt altına alınması önem ta-

147 TMK, md. 124.

148 Serahsî, *el-Mebcut*, V, 14-16; Zuhaylî, *İslam Fıkıhı Ansiklopedisi*, IX, 66.

149 Serahsî, *el-Mebcut*, IV, 402; Serahsî, *el-Mebcut*, V, 16-19; Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, III, 90; Zuhaylî, *İslam Fıkıhı Ansiklopedisi*, IX, 67, 154, 156.

150 Zuhaylî, *İslam Fıkıhı Ansiklopedisi*, IX, 67-68.

151 Zuhaylî, *İslam Fıkıhı Ansiklopedisi*, IX, 68.

şımaktadır.¹⁵² Evlenmelerin belirli bir disiplin altında olması, evlenen tarafların ve velilerinin ehliyetinin bilinmesi, resmî kayıt altına alınan evliliklerin ispatının kolaylaşması, tarafların evlenme engellerinin olup olmadığının tespit edilmesi ve nesep gibi nikâhın sonuçlarının sabit olabilmesi gayeleriyle erken dönemlerden itibaren nikâh akitlerinin devlet kontrolünde yapılmasına özen gösterilmiştir.¹⁵³ Nikâhın devlet görevlisi tarafından akdedilmesi Osmanlı döneminden önce başlamakla birlikte Osmanlı döneminde kanunlaştırılmış ve bununla ilgili cezaî müeyyideler getirilmiştir.¹⁵⁴ Boşamanın kayıt altına alınmasıyla ilgili olarak da boşamada iki şahidin bulundurulması İslam hukukunda tavsiye edilmiştir.¹⁵⁵ Nikâh akdinin tescil edilmesi sadece ispat güvencesi sağlamaktadır. Ancak nikâhın kayıt altına alınması onun geçerli olmasının bir şartı değildir.¹⁵⁶

Türk Medenî Kanunu; evliliğin kayıt altına alınmasını şart koştuğu gibi boşanmayı da kayıt altına almaktadır. Bu uygulama hukuki olarak bir taraftan evlenen çiftlere diğer taraftan da kişi ve kuruluşlar açısından birçok fayda sağlamaktadır. Nikâhın resmî kayıt altına alınması zorunlu olduğundan dolayı bu nikâh, halkımız tarafından ‘resmî nikâh’ olarak da anılmaktadır. Ülkemizde dînî nikâh (imam nikâhı) adı altında yapılan nikâh ise herhangi bir şekilde kayıt altına alınmadığı gibi böyle bir nikâh neticesinde evlenen kimselerin boşanmaları da kayıt altına alınmamaktadır. Neticede yapılan nikâh akdi, resmî nikâh olmaksızın, kanunen tanınmamakta ve bu durum taraflar açısından da üçüncü kişiler açısından da mağduriyetlere sebep olmaktadır.

Yapılan nikâh akdinin sahih olabilmesi için kadının başka biriyle evli olması veya iddet hâlinde olmaması şarttır. Eğer yapılan nikâh akitleri resmî olarak kayıt altına alınmazsa bu gibi durumların ispatı mümkün olmayacaktır. Yine hürmet-i musahara, mehir, nafaka, nesep, iddet, miras gibi nikâhın sonuçlarının doğması ve ispatlanması için bunun belgelendirilmesi gerekecektir. Yapılacak olan nikâhların sağlıklı olabilmesi ve hukukî olarak sonuç doğurabilmesi için kayıt altına alınma zorunluluğu vardır. İslam hukuku yapılan nikâhın resmî kayıt altına alınmasına karşı olmadığı gibi bunun yapılmasının İslam hukuku açısından

152 Aydın, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, s. 162; Ekinci, Ekrem Buğra, *Osmanlı Hukukunda İzzinâme ile Nikâh*, s. 45-51.

153 Aydın, Mehmet Âkif, “*Aile Hayatı*”, s. 201.

154 Apaydın, *Nikah Akdinin Mahiyeti ve İmam Nikahı Uygulaması*; s. 374; Köse, Saffet, *Ailede Meşuriyet Temeli Olarak Nikâh, Küreselleşen Dünyada Aile* (2009 Yılı Kutlu Doğum Sempozyumu Tebliğ ve Müzakereleri), TDV Yayınları, Ankara 2009, ss. 124-174, s. 132.

155 Talâk, 65/2.

156 Köse, *Ailede Meşuriyet Temeli Olarak Nikâh, Küreselleşen Dünyada Aile*, s. 163.

da birçok faydası olacağı için bu durum teşvik edilir. Nitekim İslam hukuku hükümlerine göre hazırlanmış olan 25 Ekim 1917 tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi hem evliliğin hem de boşanmanın kayıt altına alınması zorunluluğunu getirmiştir.¹⁵⁷ İslam hukukuna göre nikâh için aynı yöndeki irade beyanları olarak icap ve kabul ile nikâh akdi oluşmaktadır. Nikâh akdinin sadece iki şahitle yapılması nikâhın varlığının ispatını güçleştirecektir. Nikâhın kayıt altına alınması da bir tür ilan sayılacağı için nikâhın ispatını da kolaylaştıracaktır.¹⁵⁸ Günümüz şartları göz önüne alındığında sözlü irade beyanıyla nikâh akdi tamamlanmış olmayacaktır.

Kur'an-ı Kerim, evliliği misak-ı galîz (güçlendirilmiş bir söz/akit) olarak tanıtmaktadır.¹⁵⁹ Buna göre ileride, özellikle kadının mağdur olmaması için nikâh akdinin güçlendirilmesi gerekir. Ancak bu da nikâh akdinin mutlaka yazıya dökülmesini ve resmî boyutunun olmasını gerektirir. Aslında nikâh akdinin tescil edilmesi, günümüz için nikâhın nefâz şartları arasına konulmalıdır.¹⁶⁰

2.4.7. Kadının Kocasının Soyadını Alması

Türk Medenî Kanunu'na göre nikâhın akdedilmesiyle birlikte kadın, kocasının soyadını almaktadır.¹⁶¹ İstemesi hâlinde evlendirme memuruna veya daha sonra Nüfus Müdürlüğü'ne müracaat ederek kızlık soyadını kocasının soyadıyla birlikte kullanabilmektedir.¹⁶²

Ülkemizde Soyadı Kanunu 1934 yılında çıkarılmış ve bu tarihten itibaren soyadı kullanılmaya başlanmıştır. İslam tarihi boyunca böyle bir uygulama kullanılmamıştır. Soyadı, kişinin kimin çocuğu olduğunu, hangi soya mensup olduğunu yani nesebini gösteren bir işarettir. Soyadı Kanunu öncesi kullanılan künye veya lakaplara göre soyadı uygulaması günlük hayatın yanı sıra milletlerarası bir kolaylık sağladığı için soyadı kullanmanın mahzuru yoktur. Ancak kadının evlilik dolayısıyla kocasının soyadını almasında sakıncaların olduğu bazı İslam hukukçuları tarafından dile getirilmektedir. Faruk Beşer, kocasının soyadını alan kadının kendi soyundan koparılıp bir nevi soysuzlaştırılacağını ve kadının ikinci sınıf insan konumuna konulacağını belirtmektedir.¹⁶³

157 Hukûk-ı Âile Kararnâmesi, md. 37, 110.

158 Yaman, *İslam Aile Hukuku*, s. 49.

159 Nisâ, 4/21.

160 Kahveci, *İslâm Aile Hukuku*, s. 105, 113.

161 TMK, md. 187.

162 TMK, md. 187.

163 Beşer, *Hanımlara Özel Fetvalar*, s. 178-179.

Öncelikle günümüzde soyadı, kişinin hangi soydan geldiğini göstermenin yanı sıra hangi aileye mensup olduğunu göstermektedir. Evlilik ile kurulan yeni ailenin de günlük hayatta kolaylık sağlaması için ortak bir soyadı taşıması maslahat açısından daha uygundur. Evlenen kadınlar istemeleri hâlinde kızlık soyadı ile birlikte kocasının soyadını alabilmektedirler.¹⁶⁴ Bu şekildeki kullanım görülen mahzuru ortadan kaldıracaktır. Fakat bu şekildeki kullanım kadının istemesine bırakılmıştır. İnsanların nesebi kayıt altına alındığından dolayı, kadın veya erkek, istenilen kişinin baba veya anne yönünden şeceresi ortaya dökülebilmektedir. Kadının zorunlu bir durum dolayısıyla soyadını değiştirmesiyle ailesinin, nesebinin inkârı söz konusu değildir. Eğer soyadı değişikliğinin yapılması soysuzluk anlamına gelirse çeşitli nedenlerle soyadını değiştiren kimseler dinen büyük bir vebal altına girmiş ve günah işlemiş olurlar. Kanunlarımızda yapılacak değişiklik neticesinde; önceden mahkeme kanalıyla değiştirilen ad ve/veya soyadı, kişinin Nüfus Müdürlüğü'ne başvurması hâlinde mahkeme kararı olmadan değiştirilebilecektir.¹⁶⁵ Neticede soyadı, daha önce kullanılan lakap veya künye gibidir, soyadı kişisel bir nitelendirme veya ailenin tanıtımı için kullanılan bir uygulama olarak görülmelidir. Böylece evlilik dolayısıyla veya çeşitli nedenlerle soyadını değiştirme dinen sakıncalı bir konu olmaz. Örneğin alay konusu olan 'Kel' soyadını değiştirmek, kişinin babasını veya nesebini inkâr ettiği anlamına gelmez. Hz. Peygamber (s.a.s.) uygun görmediği isimleri dahi değiştirdiğine göre maslahat gereği ad veya soyadını değiştirmenin de mahzuru olmamalıdır.

Kadının evlilik dolayısıyla kocasının soyadını almasında ikinci bir mahzur kadının ikinci sınıf insan konumuna itildiği düşüncesidir. Evli kadınlar, Soyadı Kanunu çıkmadan önce de kendi aileleri yerine gelin gittikleri ailelere nispet edilerek tanınmak durumundaydılar. Bu durum sosyal hayatın gerektirdiği bir zorunluluktur. Günümüzdeki uygulamanın tersi bir durum olsaydı ve erkek, eşinin soyadını almış olsaydı yine aynı durum olacaktı ve yine karışıklıklar olacaktı. Evli olan kadının, sadece kızlık soyadını taşımasının farklı zorlukları da bulunmaktadır ve kadını, evli olduğu erkeğin eşi olduğunu ispat etmek zorunda bırakabilecektir. Burada evlilikle kurulan yeni yuvaya bir ad vermenin zorunluluğu vardır. Nitekim Türk Medenî Kanunu'nun 321. maddesi; "Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin soyadını taşır." demek suretiyle soyadını aileye hasretmektedir. Günlük hayatta ve hukuki işlemlerde özellikle çocukları açısından karışıklığa neden olmaması için evlenen eşlerin aynı soyadı kullanmaları gerekmektedir. Çocuğun nesebi babaya göre olduğu için çocuğun, babasının soyadını alması gerekir ki, anne olarak kadının da aynı soyadını taşıması daha uygundur.

164 TMK, md. 187.

165 <http://www.yenisafak.com/gundem/muhtar-ve-muftu-nikâh-kiyacak-2488040> (Erişim: 28.06.2016)

2.5. Nikâhta Hem İslam Hukukuna Hem de Medenî Hukuka Göre Geçerli Olmayan Durumlar

Nikâhla ilgili olarak bazı durumlar hem İslam hukukuna hem de Medenî Kanun'a göre kabul görmemektedir.

2.5.1. Geçici/Sürelî Nikâh

Nikâhın; dînî, hukukî, ahlâkî ve sosyal alanda ağırlığı olduğu gibi nikâh, ciddiyet ve devamlılık gerektiren bir akitir.¹⁶⁶ İslam hukukuna göre nikâh akdi ömür boyu sürmesi maksadıyla yapılır.¹⁶⁷ Nikâh akdi başka bir tasarrufla sonlandırılmadığı müddetçe bu akit taraflardan birinin ölümüne kadar devam eder. Bazı savaşılar nedeniyle mut'a nikâhı adı verilen sürelî evlenmeye izin verilmiş ancak Hayber'in fethi esnasında bu nikâh türü yasaklanmıştır.¹⁶⁸ İmâmiyye (Ca'feriyye) mezhebine göre nikâh; devamlı olabileceği gibi, sürelî (mut'a) nikâh da olabilir.¹⁶⁹ Mut'a nikâhı olarak yapılan işlem, sadece süre ve ücretin belirlenmesi şeklinde yapılan bir akitten ibarettir.¹⁷⁰

Evlenmelerine hukuken/dinen engel bulunmayan kadın ve erkeğin belirlenen ücret karşılığında birbirlerinin cinselliklerinden faydalanmak amacıyla yaptıkları nikâha 'mut'a nikâhı' denilmektedir. Mut'a nikâhı dört mezhep imamına göre haramdır ve yapıldığı anda batıl olur.¹⁷¹ Devamlılık arz etmeyen, temiz bir neslin devamını hedeflemeyen, sadece cinsel tatmini sağlamaya yönelik yapılacak olan geçici ve göstermelik bir nikâh her halükârda batıldır.¹⁷² İslam dünyasında mut'a nikâhının hâlen geçerli olduğunu sadece Şiiiler (Ca'feriyye) savunmaktadır.¹⁷³ Şia, caiz gördüğü mut'a nikâhını belirli kurallara göre hâlen uygulamaktadır.¹⁷⁴ Mut'a nikâhının yanı sıra geçici bir müddetle evlenmek de batıldır.¹⁷⁵

166 İşcan, Yaşar, Nikâh Ciddî Bir Akiddir, *Güncel Dini Konular*, DİB Yayınları, Ankara 1998, ss. 75-88, s.75-76.

167 Serahsî, *el-Mebsum*, IV, 358.

168 İşcan, *Nikâh Ciddî Bir Akiddir*, s. 82; Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, s. 90-91; Yaman, *İslam Aile Hukuku*, s. 56.

169 Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, s. 227.

170 Köse, *Ailede Meşuriyet Temeli Olarak Nikâh, Küreselleşen Dünyada Aile*, s. 132.

171 Köse, Saffet, Ca'ferilikte Mut'a ve Ona Karşı Sünnî Duruş, *Marife Dini Araştırmalar Dergisi*, Yıl: 2008, sayı: 3, ss. 75-120.

172 İşcan, *Nikâh Ciddî Bir Akiddir*, s. 82.

173 Yavuz, *Çağdaş Fıkıh Problemleri*, s. 211.

174 Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, "Müt'atu'n-nikâh md.", s. 349.

175 Mevsli, *el-İhtiyâr*, III, 89.

Geçici veya süreli nikâh, İslam hukukuna göre yasak olduğu gibi¹⁷⁶, Medenî Kanunda da kabul edilmemektedir. Nikâhın sürekli olması esastır. Geçici veya süreli yapılan bir nikâh, asla nikâh yerine geçmediği gibi, böyle bir uygulama zinaya kılıf aramaktan da öteye geçmeyecektir.

2.5.2. Eşcinseller Arasında Nikâh

Nikâh, aile yuvası kurmak için önemli bir akit; bir kadın ve bir erkeği birbirine kenetleyen, karşılıklı sevgi ve saygının kaynağı olan en samimi en sağlam bir bağıdır. Hukuki, sosyal, ahlâkî ve medenî anlamda ağırlığı olan bir sözleşme olan nikâh bir yönüyle muamele bir yönüyle de ibadettir. Nikâh, kadın ve erkek arasında inşa edilen bir sözleşmedir.¹⁷⁷ Evlenen tarafların karşıt cins olması ve aralarında evlenmeye engel bir durumun olmaması zorunludur.¹⁷⁸

İslam dini, neslin devamını kadın ile erkek arasındaki nikâhlı evliliğe bağlamış ve hem kadınlar¹⁷⁹ hem de erkekler¹⁸⁰ arasındaki eşcinsel ilişkiyi haram kılmıştır. Buna göre kadınlar arasındaki sevicilik (lezbiyenlik/sihâk)¹⁸¹ ile erkekler arasındaki livata (homoseksüellik)¹⁸² insanın yaratılış gayesine ters bir eğilim, tiksindirici bir sapıklık olduğundan dolayı en büyük ahlaksızlıklar olarak kesin olarak yasaklanmıştır.¹⁸³ Evliliğin geçerli olabilmesi için de taraflardan birinin erkek, diğersinin kadın olması şarttır. Erkeğin, erkekle evlenmesi batıl olduğu gibi cinsiyeti belirsiz olan kişi (hünsa-i müşkil) ile evlenmesi de caiz değildir.¹⁸⁴

İslam hukuku ile Türk Medenî Kanunu tarafından yasak olan eşcinseller arasındaki birliktelik için bazı ülkeler, yasal düzenlemeler yapmak suretiyle, eşcinseller arasında nikâh akdi yapılmasını kabul etmektedirler. Hollanda, Belçika, İspanya, Danimarka, Almanya, İsviçre, Norveç, İsveç, Portekiz, İzlanda, Fransa, İngiltere, Finlandiya, Lüksemburg, İrlanda ve Çek Cumhuriyeti (Çekya) gibi Avrupa ülkelerinin yanı sıra Amerika kıtasındaki ABD, Kanada, Arjantin, Brezilya, Kolombiya ve Uruguay'da eşcinsel birliktelikler kanunen tanınmaktadır. Afrika

176 Hukûk-ı Âile Kararnâmesi, md. 55.

177 İşcan, *Nikâh Ciddi Bir Akiddir*, s. 75.

178 Nisâ, 4/22-24.

179 Nisâ, 4/15.

180 Nisâ, 4/16; Ârâf, 7/80-84; Hûd, 11/69-83; Hicr, 15/58-77; Neml, 27/55; Ankebût, 29/28-35.

181 Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, "Lezbiyen md.", s. 260.

182 Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, "Livât md.", s. 261.

183 Kaynak, Mesut, *Kur'ân'da Kadın*, s. 116-118.

184 Döndüren, Hamdi, *Delilleriyle Aile İlmihali*, Altınoluk Yayınları, İstanbul 1995, s. 156.

ülkesi olan Güney Afrika ile Avustralya kıtasında yer alan Yeni Zelanda da eşcinsel birlikteliklere yasalarında yer vermektedir.¹⁸⁵

Türk Medenî Kanunu, eşcinsellerin birlikteliklerini onaylamamakla beraber, cinsiyet değişikliğini kabul etmektedir. Türk Medenî Kanunu'nun 40. maddesi, önceden alınan izne bağlı olarak ameliyatla cinsiyet değişikliği yapılması hâlinde, yeni cinsiyetin mahkeme kanalıyla nüfus sicilinde değiştirileceğini belirtmektedir. Bu şekilde yapılan ameliyatla; erkek olan kimse kadın, kadın olan kimse erkek olarak hukuken kabul edilmektedir. Cinsiyet değiştiren kimselerin karşıt cins (ameliyat öncesi kendi cinsinden olan) kimseyle evlenmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır. Böylece doğrudan olmasa bile dolaylı olarak aynı cins kimselerin evlenmelerine izin verilmektedir.

2.5.3. Evli Kadının Başkasıyla Evlenememesi

İslam hukuku bazı durumlarda erkeğin dörde kadar evlenmesine cevaz vermiştir.¹⁸⁶ Kadınlar ise ancak bir erkekle evli olabilirler.¹⁸⁷ Evli olan kadın başka bir erkekle evlenemeyeceği gibi, ölüm veya boşanma iddeti bekleyen kadın da başka bir erkekle evlenemez.¹⁸⁸

Medenî Kanun'a göre de evli olan veya iddet bekleyen kadın başka bir erkekle evlenemez.¹⁸⁹ Bunun yanında Medenî Kanun'a göre tek eşlilik esas olduğu için erkek de birden fazla kadınla evlenemez.

2.6. Nikâhta Hem İslam Hukukuna Hem de Medenî Hukuka Göre Geçerli Olan Durumlar

Nikâh akdiyle ilgi bazı durumlar hem İslam hukuku hem de medenî hukuka uygun olmaktadır.

2.6.1. Boşama/Boşanma Hakkının Olması

Bazı hukuk sistemlerinde boşanma hakkı kabul edilmemiştir. Katolik Hıristiyanlıkta nikâhın, dînî mekânda ve din adamı tarafından yapılması şart koşulmuş

185 <http://www.aljazeera.com.tr/haber-analiz/dunyada-escinsel-evlilikler> (30.10.2017)

186 Nisâ, 4/3.

187 Beşer, *Hanımlara Özel Fetvalar*, s. 83-84.

188 Nizâm, *Fetâvâyi Hindiyeye*, II, 294; Zuhaylî, *İslam Fıkı Ansiklopedisi*, IX, 66.

189 TMK, md. 130-132.

ve ayrıca evlenen çiftlerin boşanmaları yasaklanmıştır. Katolik Kilisesi'nin hükmüne göre evlilik birliği ölüm dışında hiçbir şekilde sona erdirilemez. Katoliklerin bu prensibi başta İtalya olmak üzere hâlen uygulanmaktadır.¹⁹⁰

İslam dini neslin korunması için tek yol olarak evliliği teşvik etmiş, evliliğin sürekli olmasını ve eşlerin evlilik birliğini korumalarını istemiştir. Hoş karşılanmamakla birlikte, evliliğin sürdürülmesine imkân kalmadığı durumlarda da boşanma bir çözüm yolu olarak görülmüştür. Boşama imkânın olması, bazı dinlerde ve hukuk sistemlerinde olduğu gibi kâğıt üzerinde evli kalıp gönül ve beden olarak ayrı yaşamanın önüne geçmektedir. İslam, boşamayı Allah'a en sevimsiz gelen helal olarak görmüş¹⁹¹; eşlerin iyi geçinmelerini, eşler arasında olan kusurların yerine olumlu yönleri görmeyi öğütlemiş ve önemli bir sebep bulunmadıkça evliliğin keyfi bir şekilde sona erdirilmemesini istemiştir.¹⁹²

Katoliklerin tam tersine, İslam dini, hayatlarını cehenneme çeviren geçimsizlik nedeniyle eşlerin boşanmalarını bir nimet olarak getirmiştir.¹⁹³ İslam hukukuna göre evlilik bağı dört şekilde sona erer. Bunlar; erkeğin boşaması, muhâlea yöntemi, hâkimin ayırması (fesh veya tefrik) ve ölümdür.¹⁹⁴

İslam hukuku boşama hakkını erkeğe vermekle birlikte, boşama hakkına sahip olan erkek bu hakkını, nikâh esnasında veya daha sonra eşine devredebilir. İslam hukukunda kadının, eşinden boşanmak için muhâlea (hul') adı verilen ve anlaşmaları hâlinde kocasına bir bedel ödemesini meşru saymıştır.¹⁹⁵ Medenî Kanun eşlerin boşanabileceklerini kabul etmiştir. Kanun'da belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde kadının mahkemeye başvurarak eşinden boşanması da mümkündür. Buna göre eşlerin boşama hakkı bulunmamakla birlikte, boşama, mahkeme kanalıyla yapılmaktadır.¹⁹⁶

3. NİKÂH ÇEŞİTLERİ

Hz. Âdem'den itibaren meşru kılınmış olan nikâh akdi¹⁹⁷ zamanla değişik şekillerde icra edilmiştir.

190 Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 292-293, 346.

191 Ebû Dâvûd, Talâk 3.

192 Acar, Halil İbrahim, "Talâk", s. 496.

193 Yavuz, *Çağdaş Fıkıh Problemleri*, s. 217.

194 Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 347.

195 Bakara 2/229; Serahsî, *el-Mebcut*, VI, 259; Karaman, *Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku*, II, 119.

196 TMK, md. 161-173.

197 Liv, *Günümüze İmam Nikahına Yönelişlerin Gerekçeleri ve Resmi Nikah ile İmam Nikahının Fikhi Açıdan Karşılaştırılması*, s. 173.

3.1. İslam Öncesi Yapılan Nikâh Çeşitleri ve İslam'da Nikâh

Cahiliye döneminde Araplar maddi durumlarına ve güçlerine göre sınır olmaksızın birden çok evlendikleri gibi toplumda değişik nikâh çeşitleri de bulunmaktaydı. Cahiliye döneminde bulunan insanların birlikte yaşamalarına imkân veren nikâh ve benzeri çeşitleri şunlardır, 1. Normal nikâh, 2. Nikâhsız yaşama, 3. Süreli nikâh (nikâh-ı mut'a), 4. Eşleri karşılıklı değiştirme (nikâh-ı bedel), 5. Bir erkekten çocuk sahibi olmak için eşi ona sunma (nikâh-ı istibdâ'), 6. Büyük oğlun babasının ölümünden sonra üvey annesiyle evlenmesi (nikâh-ı makt), 7. Başlık ve mehir vermemek için kızların değiştirilmesi (nikâh-ı şîğâr).¹⁹⁸ İslam hukuku bu nikâh türlerinden normal nikâhı ıslah ederek kabul etmiş, bunun dışında kalanları iptal etmiştir. Bu ıslahatın içerisine mehir hakkı, eş sayısının sınırlandırılması, eşlerin karşılıklı haklarının tespiti ve eşler arasındaki anlaşmazlıkların çözümündeki hükümler de vardır.¹⁹⁹ Günümüzde misyâr nikâhı adında bir nikâh türü geliştirilmiştir. (Geniş bilgi için bk. Saffet Köse, Misyâr Nikâhı -Kur'ân ve Sünnetin Çizdiği Aile Modeli Çerçevesinde Bir Yaklaşım- İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy.13, 2009, s. 13-34.)

3.2. Türkiye'de Yapılan Nikâh Çeşitleri

Türkiye'de, Medenî Kanun'a göre sadece resmî nikâh tanınmıştır. Bununla birlikte resmî nikâhtan önce yapılması yasak olmakla beraber²⁰⁰, dînî nikâh veya diğer adıyla imam nikâhı da yapılmaktadır. İslam hukukunun kabul etmiş olduğu nikâhın yanı sıra özellikle Doğu ve Güneydoğu Anadolu bölgelerinde başlık parasının sonucu olarak 'berdel' adı altında şîğâr nikâhı da yapılmaktadır. Şîğâr nikâhını yasaklayan hadislerden yola çıkan İslam âlimlerinin çoğunluğu bu nikâhı batıl saymışlardır. Ebu Hanife'ye göre ise şîğâr nikâhı sahihtir. Ancak ülkemizde uygulanan şîğâr nikâhı (berdel), başlık parası vermemek için yapılıp, mehir vermemek için bile olsa dinen geçerli bir nikâh olacaktır. Zira mehir, nikâhın sonucudur ve bu durumda nikâh geçerli olduğu gibi kadın, mehr-i misil almayı da hak eder.²⁰¹

198 Sariçam, *Hz. Muhammed ve Evrensel Mesajı*, s. 40; Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, s. 43; Kahveci, *İslâm Aile Hukuku*, s. 19-24.

199 Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, s. 77.

200 TMK, md. 143.

201 Seyyid Sâbık, *Fıkhu's-Sünne*, 1968, VI, 107-109; Cezîrî, *Dört Mezhebe Göre İslâm Fıkhu*, IV, 2205-2208.

İslam hukukuna göre nikâh, bir medenî sözleşme olmakla birlikte, evlilik, formalite ve merasimlerden uzak yapılıdır. Evliliğin muteber olabilmesi için nikâhın rükün ve şartları dışında herhangi bir şekil şartı ve merasim gerekli değildir. Ancak nikâh akdinin önemine dikkat çekmek, evliliği teşvik etmek gibi maksatlarla bazı şenlik ve merasimler hoş görülmüş ve tavsiye edilmiştir. Nikâhın ilan edilmesi, velime adı verilen bir yemek ziyafeti verilmesi, def vb. eşliğinde şenlik yapılması güzel görülen ve teşvik edilen uygulamalardır.²⁰² Günümüzdeki düğün törenlerinde de nikâhın ilan edilmesi, yemek ziyafeti ve eğlence boyutu yerine getirilmektedir.

SONUÇ

Bir bütün olarak değerlendirildiğinde evlilik; karı ve kocayı karşılıklı bağlayıcı görev ve haklar yükleyen bir akittir.²⁰³ Öncelikle evliliğin doğal sonucu olarak eşlerin, birbirlerine karşı sevgi, saygı ve sadakat borcu doğar. Çocukların bakımı ve terbiyesi de eşlerin ortak görevlerindedir. Bunların dışında eşlerin, evlilikten doğan bazı hakları daha vardır. Hukuk sistemi daha çok bu hakların ve ifasının üzerinde durur. Doğal olarak bir tarafın hakkı karşı taraf için borç oluşturur.²⁰⁴

Gerçekleştirilen nikâh akdiyle kadın ve erkek bazı hakları elde ettikleri gibi bazı mükellefiyetleri de yüklenmiş olurlar. Geçerli bir nikâh akdiyle kadın bazı haklara sahip olmaktadır. Kazanılan bu haklar, İslam hukuku açısından da medenî hukuk açısından da böyledir. Fakat aralarında bazı farklılıklar bulunmaktadır. İslam hukukuna göre sahih bir nikâh akdi neticesinde kadın ve erkek arasında; mehir, nafaka, hürmet-i musahara, nesep, iddet ve miras hükümleri sabit olur.²⁰⁵ Bunlardan mehir, nafaka ve miras; nikâhla birlikte kadının elde ettiği malî haklardır. Yapılan nikâh akdi; muharremât, mehir, nafaka, miras gibi sonuçlarıyla üçüncü şahısları ve toplumu da ilgilendirmektedir.²⁰⁶

Aile, toplumun temel taşı ve sağlıklı bir toplumsal yapının oluşmasının ana unsurudur. Ailenin, neslin sağlıklı şekilde devamını sağlayan fonksiyonu vardır. Bunun neticesi olarak çocuklar, gelişimlerini sağladıkları gibi kimlik ve kişiliklerini de ailede kazanırlar. Ayrıca inançlar, değerler, gelenekler ile iyi ve güzel alış-

202 Zuhayli, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, IX, 97-103; Ceziri, *Dört Mezhebe Göre İslâm Fıkhı*, IV, 2050-2057; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 288; Karaman, *Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku*, II, 93.

203 Zuhayli, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, IX, 198.

204 Kahveci, *İslâm Aile Hukuku*, s. 122-124.

205 Hukûk-ı Âile Kararnâmesi, md. 75.

206 Köse, *Ailede Meşuriyet Temeli Olarak Nikâh, Küreselleşen Dünyada Aile*, s. 161.

kanlıklar da ilk olarak sağlıklı bir şekilde aile içerisinde kazanılır. Sosyal kurumların başında gelen aile, hukuk düzenine uygun bir evlilik sürecinin başlamasıyla mümkün olur. Meşru bir zeminde oluşturulan evlilik birliğinin en güzel şekilde korunması ve sürdürülmesi hususunda gerekli gayretin gösterilmesi gerekir. Önemine binaen İslam dini, evliliği sağlam bir söz ve sorumluluğu ağır olan bir sözleşme (misak-ı galîz) olarak nitelendirmiştir.²⁰⁷ Nikâhın çok büyük sorumluluğu olmasından dolayı Kur'an-ı Kerim'de aile hukukuyla alakalı yüze yakın ayet yer almaktadır. Peygamber Efendimiz (s.a.v.) ise nikâhı sünneti olarak takdim etmiş ve nikâh akdinde diğer akitlerden farklı olarak bazı nitelikler aramıştır. Bundan dolayı İslam hukukunda nikâh ne başlı başına bir medenî muamele ne de hukukî yönü olmayan sırf bir ibadet değil; her iki niteliğin birlikte bulunduğu özel bir akitir.²⁰⁸

Nikâh akdinin ibadet boyutunun olması Müslüman toplumlarda dînî törenlerin yer aldığı evlenme kültürünün oluşmasına neden olmuştur. Nikâh akdinin müstehaplarının yerine getirilmesi için bu konuları iyi bilen kimselerin nikâh törenine katılmasını zorunlu hâle getirmiştir. Nikâhın din görevlisi tarafından akdedilmesi de bunun sonuçlarından. Bu durum da nikâh akdi için dînî törenin zorunlu olduğu anlayışını geliştirmiştir.²⁰⁹ Nikâhın rükünleri ve şartlarının, nasslar ve bu nasslara dayanan ictehadlarca tespit edilmiş olmasının yanı sıra nikâhı sünneti olarak belirten Hz. Peygamber'in (s.a.s.) nikâhla alakalı uygulama ve tavsiyelerinin bulunması nikâhın yapılma şekillerinden dînî olmasını gerektirmez. Zira Hıristiyanlıkta olduğu şekliyle İslam'da ruhbanlık ve din adamlığı gibi mukaddes bir sınıf olmadığı gibi İslam hukukuna göre nikâh akdinin dînî görev icra eden imam tarafından veya camide yapılması şart değildir.²¹⁰

Evlilik bağı nikâh ile kurulmaktadır. Türkiye'de evlenen çiftler kanunen zorunluluk bulunduğu ve evliliklerinin kanunen geçerli olması için resmî nikâh yaptırmaktadırlar. Bunun yanında dînî geleneklere bağlı olan halkın çoğunluğu resmî nikâhtan sonra, düğün esnasında veya düğünden sonra, zifaktan önce, halk arasında dînî nikâh veya imam nikâhı adı verilen bir nikâh daha yapmaktadırlar. İkinci bir nikâhın yapılma amacı ise; ya teberrüken ve dua amacıyla ya da sadece resmî nikâhın yapılmasının geçerli olmadığı düşüncesidir. Ayrıca resmî nikâhlı eşinin üzerine kuma getirme amacıyla da dînî nikâh yapılmaktadır.²¹¹ TÜİK ta-

207 Nisâ, 4/34.

208 Yaman, *İslam Aile Hukuku*, s. 32.

209 Liv, *Günümüze İmam Nikâhına Yönelişlerin Gerekçeleri ve Resmî Nikah ile İmam Nikâhının Fikhî Açından Karşılaştırılması*, s. 174-175; Ekinci, Ekrem Buğra, *Osmanlı Hukukunda İzinname ile Nikâh*, s. 45.

210 Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, s. 294.

211 Apaydın, *Nikah Akdinin Mahiyeti ve İmam Nikahı Uygulaması*, s. 378-379.

rafından 2016 yılında yapılan 'Aile Yapısı Araştırması'na göre bireylerin evliliklerinde gerçekleştirdikleri nikâh türü incelenmiştir. Buna göre ülkemizde evlenen bireylerin %97,1'i hem resmî nikâh hem de dinî nikâh yaptırmışlardır. Yine bu araştırma sonucuna göre sadece resmî nikâh yaptıranların oranı %1,8 olurken; sadece dinî nikâh yaptıranların oranı %1,1 olarak tespit edilmiştir.²¹²

Nikâhın kendine has şartları ve hususiyetleri olduğu için resmî veya dinî nikâh ayrımı doğru değildir.²¹³ Esasında evliliğin gerçekleşmesi için bir nikâhın akdedilmesi yeterlidir. İslam hukukunun şartlarına uygun olarak akdedilmiş olan bir resmî nikâh, aynı zamanda dinî nikâh yerine de geçer. İslam hukukuna göre nikâh; aralarında evlenme engeli olmayan ve evlenme ehliyetine sahip olan bir erkek ile bir kadının, şahitler huzurunda evlenmek için irade beyanlarını belirtmelerinden ibarettir. Bu tanım Türk Medenî Kanunu'na göre kabul gören nikâh akdi için de geçerlidir. Buna göre resmî nikâh, İslam hukukuna göre olan nikâh akdi yerine de geçer. Fakat dayandıkları hükümlerin farklılığından dolayı bu iki nikâh akdinin şartları tam anlamıyla birbirleriyle uyum göstermeyebilir. Bu durumda iki nikâhın birbiri yerine geçmesi mümkün olmamaktadır. Hâl böyle olunca da evlenen çiftler için resmî nikâh sonrasında ikinci bir nikâh daha yapılmaktadır.

Resmî nikâhtan önce gayr-ı resmî olarak yapılan dinî nikâh şer'î açıdan geçerlidir. Nikâhın tescil edilmesi ispat güvencesi açısından önemlidir. Resmî nikâh olmaksızın yapılmış olan nikâh kanunen tanınmadığı için çıkacak uyuşmazlıklarda mahkemeye başvuru yapılamayacaktır. Genellikle kız tarafını mağdur eden uygulamanın önüne geçilmesi için resmî nikâhın yapılmasına mutlak ihtiyaç vardır.²¹⁴ Devlet tarafından evliliklerin bir disiplin altına alınması amacıyla evlenecek tarafların ehliyet ve evlenme engelleri bakımından kontrol edilmesi, geçerli bir evlilik kurumu için aleniyetin sağlanması için nikâh akdinin dinî-hukukî geçerlilik şartlarını bilen bir görevli tarafından yapılması İslam'ın ruhuna daha uygundur ve nikâh akdiyle taraflara sağlanan haklar hukukî olarak garanti altına alınmaktadır.²¹⁵

Medenî kanuna göre evlendirme memurunun yani belediye başkanı veya yetki verdiği nikâh memurunun ya da köy muhtarının akdettiği nikâh, resmî nikâh olarak geçerlidir. Ülkemizde uzun yıllardan beri müftü, vaiz ve imam-hatiplerin de resmî nikâh yapabilmeleri gerektiği şeklinde tartışmalar yapılmıştır. Bir

212 <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=21869> (Erişim: 28.07.2017)

213 Köse, *Genetiğiyle Oynanmış Kavramlar ve Aile Medeniyetinin Sonu*, s. 101.

214 Köse, *Genetiğiyle Oynanmış Kavramlar ve Aile Medeniyetinin Sonu*, s.101.

215 Aydın, Mehmet Âkif, "Aile Hayatı", s. 201.

düzenleme yapılarak müftülere de nikâh yapma yetkisi verilmiştir.²¹⁶ Bununla birlikte müftülere yetki verilmesinin yanı sıra, mahkûmlar açısından kolaylık sağlayacağı için cezaevi vaizlerine de resmî nikâh yapma yetkisinin verilmesi fayda sağlayacaktır.

Tarih boyunca nikâh, kutsî ve manevî bir olgu olarak görüldüğünden dolayı dînî merkezlerde yapılmıştır. Nikâhın dînî yönünün bulunduğunu gören Batılılar nikâh işini Kilise'ye ve din adamlarına havale etmişlerdir. Evlilik müessesinin yürümesinde evliliğin kutsiyet yönünün bulunduğunun vurgulanması onun dînî olmasıyla gerçekleşir. Hâsılı ailenin korunabilmesi için bu müessesenin dînî yönünün bulunması gerekir.²¹⁷ Bundan dolayı ülkemizde resmî nikâhın ardından dînî nikâh adı verilen bir nikâh daha yapılmaktadır. Müftülere resmî nikâh yapma yetkisinin verilmesi, resmî nikâh ve dînî nikâh ayrımını gidermeye yönelik bir uygulama olarak düzenlenmiştir.

Ülkemizde evlenen çiftler için sadece resmî nikâh yapıldığı gibi resmî nikâh yaptırılmaksızın dînî nikâh da yapılmaktadır. Yaygın olarak ise kanunen zorunlu olduğu için resmî nikâh yapılmakta, ardından da dînî nikâh yapılmaktadır. Müftülere resmî nikâh yapma yetkisinin verilmesi, resmî nikâh ve dînî nikâh ayrımını gidermeye yönelik hatta mağduriyetlere yol açan gayr-ı resmî bir uygulama olan resmî nikâh olmaksızın dînî nikâh yapılmasının önüne geçilmek içindir. Fakat İslam hukuku tarafından geçerli kabul edilen nikâh ile medenî hukuk tarafından geçerli kabul edilen nikâhta aranılan şartlar aynı değildir. Müftülük makamının dînî bir hüviyet taşıması yapılan nikâhın dînî nikâh olarak tanınmasını gerektirmeyecektir. Müftü tarafından yapılacak resmî nikâh; belediye başkanı, nikâh memuru veya köy muhtarlarının yapmış olduğu nikâha dua eklenmesinden, belki resmî olmaksızın mehrin nikâh esnasında belirlenmesinden öteye geçmeyecektir. İslam hukukunun geçerli kabul etmediği durumların olması hâlinde müftü tarafından akdedilen nikâh, İslam hukukuna göre sahih bir nikâh olmayacaktır. Hatta böyle bir yetkiye dayanarak İslam hukukuna aykırı olan durumların olduğu nikâhı müftülerin yapmış olması farklı sorunları da beraberinde getirecektir. Müslüman bir kadının farklı bir dine mensup erkekle evlenmesi; cinsiyet değiştiren bir kimsenin evlenmesi, Medenî Kanun tarafından kabul görmemekle birlikte İslam hukukuna göre evlenme engeli oluşturan süt hısımlığına bağlı bir engele rağmen yapılan nikâh bunlar için sadece birkaç örnektir.

216 <http://www.yeniakit.com.tr/haber/muftulere-nikah-kiyma-yetkisi-tbmm-den-gecti-386604.html> (Erişim: 30.10.2017)

217 Beşer, Faruk, *Hanım-lara Özel İlmihal*, s. 297.

Müftülere nikâh akdetme yetkisinin verilmesinin en büyük faydası, evlenen çiftlerin tek nikâhla yetinmeleri olacaktır. Evlenen kişiler, yapılan nikâhın dinen de geçerli olduğu ve resmî yönü olsa bile nikâhın, din görevlisi olan müftü tarafından akdedilmesinden dolayı kendilerini psikolojik olarak daha rahat hissedeceklerdir. Ayrıca bir nikâh daha yaptırmak zorunda kalmayacaklardır.²¹⁸

Resmî nikâhın, İslam hukukundaki nikâh yerine geçebilmesi için yapılan nikâhta fıkıh açısından geçerli olmayan bir durumun olmaması gerekir. Resmî nikâhın, halk arasında dînî nikâh olarak bilinen nikâh yerine geçebilmesi için medenî hukukta, İslam hukukuna aykırı bir durum olmayacak şekilde düzenleme yapılması gerekir. Bunun olmaması hâlinde evlenecek olan tarafların İslam hukukuna aykırı olmayacak şartlara (süt kardeş olmama, evlenen erkeğin Müslüman olması vb.) dikkat etmeleri ve İslam hukuku tarafından geçerli kabul edilecek şekilde resmî nikâh yaptırmaları yeterli olacaktır. Nikâh akdetme yetkisi olan müftüler tarafından yapılan böyle bir nikâhtan sonra ikinci bir nikâhın yapılmasına gerek kalmayacaktır.

İSLAM AİLE HUKUKUNDA BİD'Î TALAK MESELESİ

Doç. Dr. Ülfet GÖRGÜLÜ*

Özet: Fıkıhın boşanmayla ilgili hükümleri içinde en çok tartışılan konulardan birini de "bid'î talâk" meselesi oluşturmaktadır. "Bid'î talâk", bir kimsenin, eşini âdet halinde ya da tukur/temizlik döneminde kendisiyle ilişkiye girdikten sonra boşamasıdır. Çoğunluğa göre, aynı anda verilen üç talâk ile bir kısım fakihlere göre, şahit bulundurulmaksızın yapılan boşama da "bid'î" olarak nitelendirilmiştir. "Bid'î talâk"ın geçerliği meselesinde âlimler arasında dün olduğu gibi bugün de farklı yaklaşımlar söz konusudur. Bu çalışmada bid'î boşamanın İslam aile hukukundaki yeri incelenecek, konu ile ilgili farklı görüşler ele alınıp değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: İslam aile hukuku, bid'î talâk, âdet dönemi, üç boşama, şahit.

The Issue of "Bid'î Talaq" in Islamic Family Law

Abstract: The issue of "bid'î talaq", which is a divorce method, is one of the most controversial topics in the Islamic law. "Bid'î Talaq" refers that a man divorces his wife after having an intercourse with her during her monthly or normal period. According to the majority, "bid'î", is also used for the situation where man repeats the word "divorce" three times against his wife and according to some scribe, divorce that without the existence of a witness is "bid'î" too. There are still different approaches on the validity of "bid'î talaq" among scholars as it was in the past. In this study, the standing of bid'î talaq in Islamic family law will be examined and different point of views on the issue will be critically evaluated.

Keywords: Islamic family law, bid'î talâk, menstrual period, three divorce, witness.

GİRİŞ

İslam, ailenin kurulması kadar korunmasına da büyük önem vermiş, mutlu bir beraberliğin tesis edilmesi, evliliğin sağlıklı ve huzurlu bir şekilde sürdürülmesi için pek çok düzenlemede bulunmuş, aile içinde doğabilecek anlaşmazlıkların barış yoluyla çözülmesini istemiş, evliliğin devamını sağlamaya yönelik tedbirler üzerinde durmuştur.¹ Kur'an'ın önerdiği tüm tedbirlerin alınmasına ve evliliği kurtarmaya yönelik her türlü çabanın gösterilmesine rağmen müspet sonuç alı-

* Din İşleri Yüksek Kurulu Uzmanı, ulfet.gorgulu@diyanet.gov.tr

1 Örnek olarak bkz. Nisâ, 4/19, 34-35, 128; Tirmizî, "Tefsîru'l-Kur'ân" 9; Müslim, "Nikâh" 63, "Radâa" 61.

namaması durumunda boşanma da ilke olarak benimsenmiştir.² Sevgi ve saygının tüketildiği, ayrılığın kaçınılmaz olduğu durumlarda evliliğin sürdürülmesini şart koşmak ve boşanmaya geçit vermemek elbette realiteye uygun düşmez. Bu itibarla ihtiyaç durumunda boşanma başvurulacak son çare olarak meşru kabul edilmiştir.³

Bununla birlikte İslam dininde nikâhın teşvik edilip, evliliğin kolaylaştırılmasının aksine boşamanın hoş görülmediği ve ciddi bir sebep bulunmadıkça evliliğin sonlandırılmasının tasvip edilmediği bir vakiadır.⁴ Boşanmanın Hz. Peygamber tarafından “helaller içinde en sevimsiz olanı” şeklinde nitelendirilmesi⁵ de bu gerçeğe dikkat çekmektedir.

İslâm hukuk literatüründe talâk, nikâh bağının ortadan kaldırılmasını, diğer bir deyişle evlilik birliğinin koca -ve belli durumlarda kadın- tarafından sona erdirilmesini ifade eder. Bu kavram tek taraflı irade beyanıyla gerçekleşen boşamanın yanında karşılıklı anlaşarak ya da mahkeme yoluyla boşanmaları içine alacak şekilde de kullanılabilir. ⁶

Tek taraflı irade ile boşama yani talâk yetkisinin ilke olarak kocaya ait olduğu hususunda⁷ İslam hukukçuları arasında görüş birliği bulunmaktadır.⁸ Söz konusu

2 Kur'an'da boşanma öncesinde uyulması öngörülen belli aşamalar üzerinde durulmuş olması boşanmanın, bu süreçlerden geçilerek varılabilecek son nokta olduğunu ortaya koymaktadır. Boşanma öncesi izlenmesi gereken aşamalarla ilgili bkz. Aktan, Hamza, “Kur'an'a Göre Boşanma Prosedürü”, *Dini Araştırmalar*, Eylül-Aralık 2002, c. 5, s. 14, s. 7-12.

3 Bakara, 2/227-232, 236-237, 241, Talâk, 65/1-2; Buhâri, Talâk, 1-4; İbnü'l-Hümâm, Kemâlüddin Muhammed b. Abdurrahmân, *Şerhu Fethi'l-kadîr*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2003, III, 443; Buhûti, Mansûr b. Yûnus b. Salâhiddin, *Keşşâfu'l-kına' an metni'l-ikna'*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut ty., V, 232.

4 Nisâ, 4/19.

5 Ebû Dâvûd, “Talâk” 3; İbn Mâce, “Talâk” 1.

6 İbnü'l-Hümâm, *Şerhu Fethi'l-kadîr*, III, 443.

7 Bakara, 2/227-232; Talâk, 65/1.

8 Mevsîlî, *el-İhtiyâr li ta'lîli'l-Muhtâr*, Dâru'r-Risâleti'l-Âlemiyye, Beyrut 2009, III, 137-138; Şirbîni, Şemsuddîn Muhammed b. el-Hatîb, *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti meânî elfâzi'l-minhâc*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1997, III, 368; Buhûti, *Keşşâfu'l-kına'*, V, 233; Cessâs, Ebû Bekir Ahmed b. Ali, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, thk. Muhammed es-Sâdık Kamhâvî, Dâru'l-İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, Beyrut 1992, II, 152. Boşama yetkisinin erkeğe verilmiş olması hususunda kadınların duygusal olmalarına, dolayısıyla öfkelerine yenik düşerek hissi davranıp fevri hareket edebileceklerine dair görüşler gerekçe olarak öne sürülmüştür. (Bkz. İbnü'l-Hümâm, *Şerhu Fethi'l-kadîr*, III, 446; Hallaf, Abdulvehhâb, *Ahkâmü'l-ahvâliş-şahsiyye*, Mektebetü's-Sekâfeti'd-Diniyye, Mısır 2002, s. 133; Surtâvî, Mahmud Ali, *Fikhu'l-ahvâliş-şahsiyye*, Dâru'l-Fikr, Ammán 2013, s. 139; Zuhaylî, Vehbe, *el-Fikhu'l-İslâmiyyu ve edilletühu*, Dâru'l-Fikr, I-VII, Dımeşk 1989, VII, 360; Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, Nesil Yayınları, İstanbul 1996, I, 352; Acar, H. İbrahim, *İslam Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi*, Erzurum 2000, s. 57) Bu görüşlerin pek de isabetli olmadığını söylemeliyiz. Zira konuyla ilgili olarak Din İşleri Yüksek Kurulu'na gelen soru ve dile getirilen sorunlardan, boşama yetkisini elinde bulunduran erkeklerin bu yetkiyi, çoğu zaman yeterince düşünüp taşınmadan duygusal saiklerle kullandıkları, ayrıca talâk konusunda yeterli bilgiye sahip olmadıkları anlaşılmaktadır.

yetkinin kullanımının Kur'an ve Sünnet ile belli bir prosedüre bağlandığı, başka bir ifadeyle yetki sınırlandırılmasına gidildiği görülmektedir. Kur'an-ı Kerim'de boşamanın iki defa olabileceği, her ikisinden sonra ya iyilikle evliliği sürdürmek veya güzellikle ayrılmak gerektiği bildirilmekte,⁹ ayetin ifadesinden boşama yetkisinin ihtiyaç durumunda peyderpey kullanılmasının istendiği anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle boşama iradesinin ortaya konulmasında belli sürelerle itibar edilmesi gerekmektedir. Bu uygulamanın, erkeğin boşama iradesini geçici duygu ve tahriklere kapılarak ortaya koymasını önlemek, verilen kararın yeniden gözden geçirilmesine fırsat sunmak ve evlilik birliğini tamamen sonlandırmadan telafi imkânları vermek için tedbir mahiyetinde olduğu söylenebilir.

Öte yandan boşamanın sürece yayılmasının psikolojik açıdan yarar sağladığı, eşlerin boşanmadan bir süre ayrı yaşamalarının evliliği kurtarmak için geçici çözüm sağlayabileceği üzerinde durulmakta, bu durum terapötik/iyileştirici ayrılık olarak nitelendirilmektedir. Evlilik terapistlerinin öngördükleri tedavi amaçlı ayrılıkların, Kur'an'ın üç aşamalı boşanma uygulamasıyla benzer hedefleri gerçekleştirmeye yönelik olduğu, evlilik sorunlarının çözümünde ihtiyaç duyulduğunda başvurulabilecek bir çare olarak önerildiği belirtilmektedir.¹⁰

Kur'an ve Sünnet'e uygunluk bakımından boşama, "sünnî" ve "bid'i" olmak üzere iki kategoride değerlendirilmiştir. Sünnî talâk, Hanefî ekolünce "ahsen" ve "hasen" olarak iki kısımda ele alınmıştır. Buna göre erkeğin eşini, cinsel ilişkiye girilmemiş tuhur/temizlik¹¹ döneminde yani son âdet döneminin bitmesinin akabinde cinsel ilişkide bulunmaksızın bir kez boşaması ve iddetin bitiminin beklenmesi "ahsen talâk" olarak adlandırılmıştır. Böyle bir talâk, pişmanlık durumunda yeniden barışma ya da iddetin bitmesiyle dilerse kadına yeni bir evlilik yapma imkânı vermesi bakımından boşamanın en güzel şekli olarak görülmüştür. Diğer mezheplerce "sünnî boşama" ile kastedilen de bu boşama biçimidir. Erkeğin eşini

Bu durum dinî eğitimin ve ahlaki duyarlılığın aile birliğini muhafazada ne derece önemli olduğunu da ortaya koymaktadır. Bu itibarla psikolojik ve duygusal etkenlerden ziyade erkeğin, ailede ekonomik açıdan üstlendiği sorumluluğun gereği boşama/talâk konusunda yetkili kılındığı söylenebilir. Konuyla ilgili çalışmada Dalgın, biyolojik ve psikolojik özellikleri sebebiyle kadına talâk yetkisinin verilmemesini öneren fakihlerin, erkeğin boşama yetkisini hanımına devretmesini (tefviz-i talâk) kabul etmekle kendi içlerinde çelişkiye düşmüş olduklarını belirtmektedir. Bkz. Dalgın, Nihat, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, Marmara Üniv. İlahiyat Fak. Vakfı Yayınları, İst. 2001, s. 84.

9 Bakara, 2/229.

10 Bkz. Kasapoğlu, Abdurrahman, "Kur'an'da Terapötik Boşanma", *Bilimname*, IX, 2005/3, (ss. 75-87), s. 77-78.

11 Kadınların âdet ya da lohusa kanaması görmedikleri günler için kullanılan "temiz/temizlik" kelimeleri dilimizde farklı manaları da çağrıştırmakta olup, kanaatimizce, "hayız" halinin zıddı anlamındaki "tuhur" (Bkz. İbn Manzûr, Cemâluddîn Muhammed b. Mükerrrem, *Lisânu'l-Arab*, Beyrut 2004, IX, 151) kavramının içerdiği manayı tam olarak karşılamamaktadır. Kadın âdet görürken pis ya da necis değildir ki âdet görmediği günlerde temiz olduğu ifade edilsin. Bu itibarla makalede tuhur kavramının orijinal haliyle kullanılması tercih edilmiştir.

üç ayrı tuhur süresinde birer kez boşaması ise “hasen” ya da “sünnet talâk” olarak nitelendirilmektedir. Söz konusu kurallara uyulmaksızın gerçekleştirilen boşamaya ise “bid’î talâk” denilmektedir. Fakihler sünnete uygun olmayan boşamanın günah olduğu hususunda görüş birliği içindedirler.¹²

Bahsedilen çerçevede boşamanın “sünnî” olarak nitelendirilmesi, hükmünün sünnet olması ve sevabı gerektirmesi manasına değil, sünnetin izin verdiği biçimde, ikaz ve uhrevi azaba yol açmayacak şekilde gerçekleşmesi anlamına gelmektedir.¹³ Aynı zamanda tuhur döneminin kadının tabîi olarak arzulanır bir dönem olduğu, buna rağmen erkeğin eşini boşamış olmasının, boşama saikının akli bir maslahatının bulunduğu ortaya koyduğu belirtilmiştir.¹⁴

Ülkemizde evlilik ve boşanma ile ilgili hukuki kurallar Türk Medeni Kanunu çerçevesinde düzenlenmiş olsa da dinî duyarlılığa sahip çevreler tarafından nikâh ve boşanma ile ilgili fıkhi hükümlere de önem verildiği görülmektedir.¹⁵ Bununla birlikte özellikle erkeğin tek yönlü iradesiyle eşini boşaması noktasında fıkhi ölçüler çerçevesinde hareket edildiğini söylemek oldukça zordur. Kadının âdet günlerinde olup olmamasına, tuhur döneminde ise kendisiyle cinsel ilişkiye girilmemiş olması gereğine bakılmaksızın boşamanın veya aynı anda üç boşamanın birden yapılıyor olması bir vakiadır. Dolayısıyla nasların belirlediği prosedüre uyulmaksızın yapılan boşamanın hukuki niteliği, sonuç doğurup doğurmayacağı pek çok aileyi yakından ilgilendiren bir mesele olma özelliğini korumaktadır.

İslam hukuk literatüründe günah olduğu kabul edilmekle birlikte sünnete aykırı/bid’î olarak yapılan boşamanın geçerli olup olmadığı tartışılmıştır. Bu çalışmada bid’î boşamanın İslam hukukundaki yeri/hükmü incelenecek, konu ile ilgili farklı görüşler ele alınıp değerlendirilecektir.

12 Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed, *el-Mebsût*, Dâru’l-Ma’rifê, Beyrut 1989, VI, 3-4; Meydâni, Abdülgani el-Guneymi, *el-Lübâb şerhu’l-Kitab*, (*el-Cevheratü’n-neyyira* ile birlikte) Fazilet Neşriyat, İst. 1978, II, 38-39; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 139; Dâmad, Abdurrahman b. Muhammed, *Mecmeu’l-enhur fi şerhi Mülteka’l-ebhur*, Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, Beyrut 1998, II, 4-5; İbn Kudâme, el-Makdisî, Muvaffakuddin Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed, *el-Muğni*, Beytü’l-Efkârîd-Düveliyye, Lübnan 2004, II, 1769; Desûkî, Muhammed b. Ahmed, *Hâşiyetü’l-Desûkî ale’ş-şerhi’l-kebir*, Dâru İhyâi’l-Kütübî’l-Arabiyye, yy. ty., II, 361; Şirâzî, Ebû İshak İbrahim b. Ali, *el-Mühezzeb fi fikhî’l-İmamiş-Şâfiî*, Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, Beyrut 1995, III, 6; Nevevî, Muhyiddin, *Ravdatu’t-tâlibin ve umdetü’l-müftîn*, el-Mektebü’l-İslâmî, Beyrut 1991, VIII, 3; Şirbînî, *Muğni’l-muhtâc*, III, 404; Ebû Zehra, Muhammed, *el-Ahvâlûş-şahsiyye*, Dâru’l-Fikri’l-Arabî, Mısır ty., s. 287.

13 İbnü’l-Hümâm, *Şerhu Fethi’l-kadir*, III, 447; Derdir, Ebu’l-Berekât Seyyidi Ahmed, *eş-Şerhu’l-kebir ala muhtasarı Halil* (Hâşiyetü’l-Desûkî ile birlikte), Dâru İhyâi’l-Kütübî’l-Arabiyye, yy. ty., II, 361.

14 Dehlevî, Şah Veliyullah, *Hüccetullahi’l-bâliğa*, Dâru’l-Celil, Beyrut 2005, II, 216.

15 Okur’un ifadesiyle meşruyetini halkın dini hissiyatından ve vicdanından alan fikhın talâk ile ilgili hükümleri, pozitif hukuka aykırı bir teamül hukuku mahiyetinde varlığını sürdürmektedir. Bkz. Okur, Kaşif Hamdi, “İslam Hukukunda Boşama Yemini (Talâka Yemin) Meselesi”, *Hitit Üniv. İlahiyat Fak. Dergisi*, 2009/1, c. 8, sayı: 15, ss. 5-30, s. 6.

1. BİD'İ TALÂK NEDİR?

Boşama, taraflara bir takım sorumluluklar yükleyen hukuki/medeni bir işlem olup bazı kuralları vardır. Nasslarda belirlenen ve “sünnî talâk” olarak nitelendirilen bu kurallara¹⁶ uyulmaksızın gerçekleşen boşamaya “bid'i talâk” denilmektedir. Buna göre, bid'i talâk erkeğin, aralarında fiilen evlilik gerçekleşmiş olan karısını âdet veya lohusalık günlerinde ya da cinsel ilişkide bulunduğu tuhur döneminde boşamasıdır.¹⁷ Erkeğin eşini bir tuhur döneminde aynı ya da ayrı meclislerde birden fazla boşaması da Hanefî ve Mâlikîlerce bid'i boşama kabul edilmektedir.¹⁸ İmam Mâlik (ö. 179/795), Ebû Hanife (ö. 150/767)'nin hasen olarak nitelendirdiği üç ayrı tuhur döneminde birer defa boşama şeklinin de bid'i olduğu görüşündedir.¹⁹ Zira boşanma aslı itibarıyla yasak/hazır olan bir işlem olmakla birlikte ihtiyaç sebebiyle mubah kılınmıştır. Bu ihtiyaç da bir kez boşamakla giderilmiş olur. Bu itibarla birden fazla talâk sünnete aykırıdır.²⁰ İmam Şâfiî (ö. 214/819) ise tuhur döneminde birden çok boşamayı bid'i olarak kabul etmemiştir.²¹

Öte yandan Buhârî (ö. 256/870) iki şahidin bulunmasını sünnete uygun bir boşama için gerekli görmüştür.²² Bu görüşe göre, iki şahit huzurunda yapılmayan boşama da bid'i boşama olmaktadır.²³ İmâmîyye ekolünde de şahit bulunmaksızın yapılan boşama bid'i ve geçersiz kabul edilmiştir.²⁴

16 Sünnî talakta şu yedi şartın bulunması gerekli görülmüştür: 1. Boşamanın bir kere vuku bulması, 2. Kadının âdet görüyor olması, 3. Tuhur halinde yapılması, 4. Tuhur halinde ilişkiye girilmemiş olması, 5. Bu tuhur halinin öncesindeki âdet döneminde boşama vuku bulmamış olması, 6. Takip eden tuhur döneminde yeni bir boşama olmaması, 7. Bedel söz konusu olmaması. Bkz. Kurtubî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed, *el-Câmi' li ahkâmî'l-Kur'ân*, Daru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1988, XVIII, 147.

17 Kâsânî, Alâuddin Ebû Bekr b. Mes'ud, *Bedâiü's-sanâi' fi tertibi's-şerâi'*, thk. Ali Muhammed Muavviz, Adil Ahmed Abdulmevcud, Beyrut 1997, IV, 201; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, VIII, 9; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî ale's-şerhi'l-kebir*, II, 361.

18 Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 4; Meydânî, *el-Lübâb*, II, 39; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 142; İbn Rüşd, Muhammed b. Ahmed, *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*, el-Mektebetü'l-Asriyye, Beyrut 2008, II, 62; Mağribî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Muhammed, *Mevâhibü'l-celil li şerh-i Muhtasarı Halil*, Daru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1995, V, 301; İbn Teymiyye, Takıyyüddin Ahmed, *Mecmûu Fetâvâ*, Suudi Arabistan 2004, XIII, 7.

19 Hanefî ve Mâlikî ekollerinin sünnî ve bid'i talâk konusuna yaklaşımlarını mukayesli olarak ele alan bir çalışma için bkz. Ünsal, Ahmet, “Sünnî ve Bid'i Talâk Tanımında Hanefî-Mâlikî İhtilâfı”, *İslâmî Araştırmalar Dergisi*, Cilt 20, Sayı 1, 2007, ss. 107-121.

20 İbn Rüşd, *el-Bidâye*, II, 62; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, III, 448.

21 Şirâzî, *el-Mühezzeb*, III, 6; Kurtubî, *el-Câmi'*, XVIII, 147; İbn Rüşd, *el-Bidâye*, II, 62.

22 Buhârî, “Talâk” 1.

23 Aynî, Bedruddin Ebû Muhammed Mahmûd b. Ahmed, *Umdetü'l-kârî şerhu Sahîhi'l-Buhârî*, Beyrut ty., XX, 226.

24 Küleynî, Muhammed Yakub, *Furûu'l-kâfi*, Daru't-Taârif li'l-Matbûât, Beyrut 2009, IV, 67-71; Tûsî, Ebû Câfer Muhammed b. Hasen, *el-Mebsût fi fikhü'l-İmâmîyye*, Beyrut ty., V, 4.

Tanımlardan anlaşıldığı üzere, boşamada bid'ilik/sünnete aykırılık vakitte, adette ve şahit bulunmaması halinde olmak üzere üç durumda söz konusu edilmiştir.²⁵ O halde bu üç durumu ayrı ayrı değerlendirmek uygun olacaktır.

2. ZAMAN AÇISINDAN BİD'İLİK

Boşamanın zaman açısından bid'î olarak nitelendirilmesi iki durumda söz konusudur. Boşama kadının âdet veya lohusalık günlerinde gerçekleşmiş olabileceği gibi âdet ya da lohusalığın bitiminden sonra tuhur döneminde girilen cinsel ilişkiyi takiben de yapılmış olabilir. Her iki durumda da böyle bir boşamanın sünnete aykırı olduğu ifade edilmiştir. Kadın gebelik, menopoz ya da başka bir sebeple âdet görmüyorsa²⁶ bu anlamda bir bid'î boşama söz konusu olmayacaktır.²⁷ Bid'î talâkın haram kabul edilmesi Allah'ın boşamaya ilgili emrinin terkine ve sünnete muhalefet edilmiş olmasına dayandırılmaktadır.²⁸

Boşamanın, gerçekleştiği zaman itibariyle bid'î olması kendisiyle zifafa/gerdeğe girilmiş olan kadın için söz konusu edilmiş, nikâhtan sonra henüz zifaf gerçekleşmeden vuku bulacak bir boşama durumunda kadının muayyen günlerinde olup olmamasının önemli olmadığı belirtilmiştir.²⁹ Hanefî hukukçulardan İmam Züfer (ö. 158/775)'e göre, kendisiyle zifaf gerçekleşmemiş olan kadını âdet halinde boşamak mekruhtur.³⁰

25 Kimi fakihler tarafından, Hz. Peygamber ve sahabe döneminden sonra ortaya çıkmış olması gerekçesiyle boşama yemini de "bid'î boşama" kapsamında değerlendirilmiştir. Bkz. Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 364. Boşama yeminiyle ilgili görüş ve değerlendirmeler hakkında bkz. Okur, agm.

26 Bizim burada "başka bir sebeple âdet görmemek" olarak nitelemeyi tercih ettiğimiz husus, ilgili literatürde "yaş küçüklüğü" ile tahdit edilmiş olup bu görüş aynı zamanda çocuk yaşta evliliklerin meşrulaştırılması anlamına da gelmektedir. Nitekim boşanma sonrası, farklı durumdaki kadınların beklemeleri gereken iddet sürelerinden bahseden Talâk Suresinin 4. ayetinde âdetten kesilmiş/menopoz olan kadınların yanı sıra âdet görmeyenlerin ayrıca zikredilmiş olması da "henüz âdet görececek yaşa gelmemiş olmak" şeklinde yorumlanmış ve ergen olmamış bir kız çocuğu "kadınlar" kapsamına dâhil edilebilmiştir. (Serahsî, *el-Mebsût*, IV, 212; *Kurtubî, el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'an*, XVIII, 159) Oysa ayette, âdet görme yaşına geldiği halde ya da âdet görmeye başladıktan sonra çeşitli nedenlerle âdet görmeyen, düzensizlik yaşayan kadınlardan söz edildiği, buluşa ermenin evlilik için gerek şart olsa da yeter şart olmadığı, Kur'an'ın, yetimlerin evlendirilmesi hususunda rüşt dönemine işaret eden ifadelerinden anlaşılmaktadır. (Nisâ, 4/6) Konu ile ilgili olarak bkz. Orum, Fatih, "Et-Talâk Suresinin 4. Ayetindeki ve'l-lâ'i lem Yahidne İfadesinin Anlam ve Yorumu Üzerine", *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi [AÜİFD]*, 2014, cilt: LV, sayı: 1, s. 35-69.

27 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, IV, 187; Mevslî, *el-İhtiyâr*, III, 141; Derdîr, *Şerhu'l-kebir*, II, 363; Şirâzî, *el-Mühhezzeb*, III, 6; İbn Teymiyye, *Mecmûu Fetâvâ*, XIII, 7; Tûsî, *el-Mebsût*, V, 4; Mağribî, *Mevâhibü'l-celil*, V, 300; Şevkânî, Muhammed b. Ali, *Neylü'l-evtâr*, Dârü'l-Hadis, Mısır 1993, I-VIII, VI, 263.

28 İbn Kudâme, *el-Muğni*, II, 1769.

29 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, IV, 206; İbn Kayyim el-Cevziyye, Şemsuddin Ebû Abdillâh Muhammed b. Ebi Bekr, *Câmiu'l-fıkh*, cem ve thk. Yüsrî Seyyid Ahmed, Dârü'l-Vefa, yy 2000, V, 473.

30 Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 7.

Kadının âdet döneminde veya kendisiyle ilişkiye girildikten sonra tuhur halinde iken boşanmasının yasak olduğu hususunda fakihler arasında görüş birliği bulunmaktadır.³¹ Bid'i boşama hususunda lohusalık da âdet gibi kabul edilmiştir.³²

Hanefî, Şâfiî ve Hanbelî hukukçular her iki durumdaki boşamanın da haram olduğu görüşünde iken,³³ Mâlikîlerce âdet ve lohusalık halinde boşama haram, cinsel ilişkiye girilmiş tuhur döneminde boşama ise mekruh kabul edilmiştir.³⁴

Kadınları özel günlerinde iken ya da tuhur döneminde ilişkiye girildikten sonra boşamanın yasak olduğu görüşü, öncelikle Kur'an-ı Kerim'de; "Kadınları boşamak istediğinizde, onları iddetlerini³⁵ dikkate alarak boşayın."³⁶ ayetine dayanmaktadır. Ayette bahsedilen "iddeti gözeterek boşama" İbn Abbâs (ö. 68/687), İbn Mes'ûd (ö. 32/652) ve İbn Ömer (ö. 73/692) tarafından cinsel ilişkiye girilmemiş bir temizlik döneminde boşama olarak yorumlanmış,³⁷ Hz. Peygamber'den mervi bir okuyuşa göre bunun "iddetleri öncesinde boşama" anlamına geldiği ifade edilmiştir.³⁸ Zira iddetin başlaması âdetin bitmiş olmasını ve hamilelik şüphesi

31 Kurtubî, *el-Câmi'*, XVIII, 148.

32 Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, III, 407; Mağribî, *Mevâhibü'l-celîl*, V, 30; İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed el-Endülüsî, *el-Muhallâ*, Beytül-Efkârîd-Düveliyye, Lübnan ty., s. 1761

33 Serahsî, *el-Mebûsât*, VI, 7; Nevevî, *Ravdatu't-tâlibîn*, VIII, 3; İbn Teymiyye, *Mecmûu Fetâvâ*, XXXIII, 8.

34 Mağribî, *Mevâhibü'l-celîl*, V, 301; *el-Mevsûatü'l-fıkhıyye*, Vüzâratü'l-Evkâf veş-Şuûni'l-İslâmiyye, Kuveyt 1993-1996, XXIX, 35.

35 İddet, boşanma ya da ölüm sebebiyle evliliği sona eren kadının yeni bir evlilik yapabilmek için beklemesi gereken süredir. Evliliğin sona ermesinin ardından kadın için getirilen iddet yükümlülüğü, ilk planda kadının önceki kocasından hamile olup olmadığının anlaşılması ve böylece nesebin karışmasının önlenmesi amacıyla yönelik bir tedbir gibi görünür. Ancak iddet ric'î talâkta kocaya, bâin talâkta iki tarafa birden yeniden düşünme imkânı vermesi, kadını etrafında oluşabilecek kötü zan ve niyetlere karşı koruması, evliliğin kocanın ölümüyle sona ermesi halinde ölen kocanın hatırasına saygı ve yuvaya bağlılığı simgelemesi, kadının yeni bir hayata ve muhtemel bir evliliğe kendini hazırlamasına imkân vermesi gibi başka önemli amaç ve hikmetler de taşır. İddet aile bağını koruyan, evlilik kurumunun önemini hatırlatan bir işleve de sahiptir.(Bkz. Acar, H. İbrahim, "İddet", *DİA*, XXI, 467) Kur'an-ı Kerim'e göre, kadınların beklemesi gereken iddet süreleri durumlarına göre farklılık arz etmektedir. Herhangi bir nedenle âdet görmeyen ve âdetten kesilmiş olanlar üç ay (Talâk, 65/4), âdet görmekte olanlar üç kur' (Bakara, 2/228), eşi vefat etmiş olanlar dört ay on gün (Bakara, 2/234), hamile olanlar ya da hamile olduğu iddet içinde ortaya çıkanlar ise doğum yapıncaya kadar (Talâk, 65/4; İbn Mâce, "Talâk", 8) iddet beklerler. Ayette geçen kur' ifadesi, aralarında Hz. Ebu Bekir, Hz. Ömer, Hz. Osman, Hz. Ali, Abdullah b. Mes'ûd, Abdullah b. Abbâs'ın da bulunduğu bir kısım sahâbi ile Hanbelî ve Hanefî fakihlere göre hayız, sahâbeden Zeyd b. Sâbit, Abdullah b. Ömer ve Hz. Âişe ile Şâfiî, Mâlikî ve Zâhiri fakihlere göre ise temizlik müddeti anlamına gelmektedir. Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, IV, 425; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 86; İbn Kudâme, *el-Muğni*, II, 1935; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, s. 1815.

36 Talâk, 65/1.

37 Serahsî, *el-Mebûsât*, VI, 7; İbn Kudâme, *el-Muğni*, II, 1769; *Mevsûatü'l-fıkhıyye*, XXIX, 35; Buhûtî, *Keşşâfu'l-kına'*, V, 239; Zeydan, Abdulkarîm, *el-Mufassal fi ahkâmî'l-mer'e ve beyti'l-müslim*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1997, VII, 416.

38 Zemahşerî, Cârullah Ebu'l-Kâsım Mahmûd b. Ömer, *el-Keşşâf an hakâiki't-tenzil ve uyûni'l-ekâvil fi*

sinin bulunmamasını gerektirir. Birinci kur'a (âdet süresi) tekaddüm eden tuhur halinde boşama iddet öncesinde boşama olacaktır ki bu kadının âdet günlerindeyken boşanamayacağı anlamına gelmektedir.

Âdet, lohusalık ve ilişkiye girilmiş tuhur dönemlerinde boşanmanın yasak olduğu görüşü sünnet ile de delillendirilmiştir.³⁹ Abdullah b. Ömer karısını hayız/âdet halindeyken boşamış, Hz. Ömer (ö. 23/644)'in durumu kendisine bildirmesi üzerine Hz. Peygamber; “*Ona emret, hanımına dönsün. Temizlenip hayız görünceye ve tekrar temizleninceye kadar eşini nikâhında tutsun. Bundan sonra dilerse onu tutar, dilerse cinsel ilişkide bulunmadan boşar. İşte Allah'ın kadınların boşanmasında gözetilmesini emrettiği iddet budur.*” buyurmuş,⁴⁰ bu ifadeyle, Kur'an'da mücmel bırakılan “iddet” kavramını açıklığa kavuşturmuştur. Rivayetin bir başka varyantında Hz. Peygamber'in Abdullah'ın bu davranışına tepkisini, “*Allah böyle emretmedi. Eşini tuhur döneminde ilişkiye girmeden boşarsın.*” sözleriyle ifade etmiş olması âdet halinde ve tuhur döneminde ilişkiye girildikten sonra boşanmanın günah olduğuna delil olarak gösterilmiştir.⁴¹

Söz konusu dönemlerde vuku bulan talâkın günah sayılması genellikle, boşanmanın iddet süresinin uzamasına yol açması, dolayısıyla kadının bu yüzden zarar göreceği olması gerekçesine dayandırılmıştır. Zira âdet günlerinde boşanan bir kadının iddet süresinin başlaması için önce âdetinin bitmesini, ardından tuhurunun tamamlanmasını bekleyecek, iddeti bundan sonra göreceği âdet ile başlayacaktır. İlişkiye girilmiş tuhur döneminde boşanması durumunda da iddetin âdete mi yoksa oluşabilecek bir gebeliğe göre mi bekleneceği konusunda belirsizlik oluşacaktır. Öte yandan erkeğin boşamayı düşündüğü eşiyile ilişkiye girmiş olması onunla duygusal bağının devam ettiğini, dolayısıyla boşanmanın gerçekten ihtiyaca mebni olmadığını da gösterebilir. İcbar eden bir sebep olmadıkça boşanma ise gûnahtır.⁴²

Kadının âdet döneminde boşanmaya rıza göstermesinin ya da bunu talep etmesinin bid'i boşamayı meşru hale getirmeyeceği üzerinde de durulmuştur.⁴³

vücûhi't-te'vil, Dâru'l-İhya, Beyrut 1997, IV, 555; İbn Hacer, Şihâbüddin Ahmed b. Ali el-Askalânî, *Fethu'l-bârî şerhu sahihi'l-Buhârî*, thk. Abdulaziz b. Abdillâh b. Bâz, Riâsetü İdâretü'l-Buhûsi'l-İlmiyye, Suudi Arabistan ty., IX, 346.

39 Hattâbî, Ebû Süleyman Hamd b. Muhammed, *Meâlimü's-sünen*, el-Matbaatü'l-İlmiyye, Haleb 1932, II, 208.

40 Buhârî, “Talâk” I; Müslim, “Talâk” I; Ebû Dâvûd, “Talâk” I.

41 Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 7; Cessâs, Ebû Bekir Ahmed b. Ali, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, tahk. İsmetullah İnâyetullah Muhammed, Beyrut 2010, V, 27; Zemahşerî, *el-Keşşâf*, IV, 555.

42 Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 7-8; Kâsânî, *Bedâiu'-sanâi'*, IV, 201-202; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, III, 454; Derdîr, *Şerhu'l-kebîr*, II, 363.

43 Zeydan, *el-Mufasssal fî ahkâmî'l-mer'e*, VII, 420.

Erkeğin eşini, âdet halinde iken ya da onunla cinsel ilişkiye girdikten sonra boşamasının yasak olduğu kabul edilmekle birlikte böyle bir boşamanın geçerli sayılıp sayılmayacağı hususunda fakihler arasında ihtilaf bulunduğu görülmektedir. Aşağıda bu konuda ileri sürülen görüşler ve delilleri üzerinde durulacak, sonra da konuyla ilgili bir değerlendirme yapılacaktır.

a) Zaman Açısından Bid'i Olan Talâkın Geçerli Olduğu Görüşü

Çoğunluğu oluşturan Hanefî, Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelî fakihlere göre, bid'i de olsa bir boşama ehlinen sadır olduğu için hukuki sonuç doğurur.⁴⁴ Muasır fukaha arasında Muhammed Şeltût, M. Ali Sâyis,⁴⁵ Ömer Nasûhi Bilmen (ö.1393/1973),⁴⁶ Abdülkerim Zeydan (ö. 1436/2014)⁴⁷ gibi zevât da bu görüşü benimsemişlerdir. Günümüz fetva meclislerinin çoğu da bu durumdaki talâkın geçerli olduğu yönünde görüş bildirmiştir.⁴⁸

Âdet günlerinde ya da tuhur halinde ilişkiye girildikten sonra vuku bulan boşamayı geçerli kabul eden fakihlere göre Kur'an'da talâkla ilgili olarak, "Boşama iki defadır."⁴⁹ "Eşini bir daha boşarsa"⁵⁰ gibi kayıt ve şart olmaksızın mutlak ifadeler kullanılmış olması zamanına bakılmaksızın talâkın geçerli olduğunu göstermektedir. Boşamanın iddet gözetilerek yapılmasına yönelik emrin⁵¹ ise nedb ifade ettiği belirtilmiştir.⁵²

Abdullah b. Ömer'in eşini âdet halindeyken boşamasına ilişkin yukarıda bahsi geçen rivayet,⁵³ her iki görüş sahiplerinin de konu ile ilgili olarak öne sürdükleri delil olma özelliğini taşımaktadır. Bid'i talâkın hukuki sonuç doğurduğu görü-

44 Kâsânî, *Bedâiu'-sanâi'*, IV, 206-207; Şirâzî, *el-Mühezzebe*, III, 6; Sahnûn b. Saïd et-Tenûhî, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, I-IV, Beyrut 1994, II, 3; İbn Kudâme, *el-Muğni*, II, 1770.

45 Şeltût, Mahmûd Muhammed, Sâyis, Muhammed Ali, *Mukârenetü'l-mezâhib fi'l-fikh*, Mektebetü'l-İrşâd, İstanbul 2016, s. 129.

46 Bilmen, Ömer Nasûhi, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fikhiyye Kamusu*, Bilmen Yayınevi, İstanbul 1985, II, 212.

47 Zeydan, *el-Mufasssal fi ahkâmi'l-mer'e*, VII, 425, 437.

48 <http://www.awqaf.ae/Fatwa.aspx?SectionID=9&RefID=1380> (el-Hey'etü'l-âmmе liş-şuûni'l-İslâmiyye, Birleşik Arap Emirlikleri erişim 31.12.2015); <http://www.daralifta.org/ViewFatwa.aspx?ID=373&LangID=8&MuftiType=0> (Mısır Müftülüğü erişim 04.01.2016); <http://fatwa.islamweb.net/fatwa/index.php?page=showfatwa&Option=FatwaId&Id=8507> (erişim 16.01.2017); Din İşleri Yüksek Kurulu, *Fetvalar*, DİB Yayınları, Ankara 2015, s. 458.

49 Bakara, 2/229.

50 Bakara, 2/230.

51 Talâk, 65/1.

52 Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvi*, V, 27; Şeltût, Sâyis, *Mukârenetü'l-mezâhib fi'l-fikh*, s. 123.

53 Buhâri, "Talâk" 1; Müslim, "Talâk" 1; Ebû Dâvûd, "Talâk" 1.

şünde olanlar, ilgili rivayette Hz. Peygamber'in durumdan hoşnut olmayarak İbn Ömer'e eşine dönmesini emretmiş olmasından hareketle, ric'at kavramını teknik anlamıyla alıp bunun ancak talâk gerçekleştikten sonra mümkün olacağını, dolayısıyla boşamanın geçerli olduğunu belirtmişlerdir.⁵⁴

Ayrıca bid'î talâkın mükellef bir kimseden ve talâk mahallinde yani eşine karşı gerçekleşmiş olduğu, böyle bir boşamanın muteber sayılması gerektiği, bunun kocanın cezalandırılması anlamı da taşıdığı öne sürülmüştür.⁵⁵ Öte yandan bir eylemin hukuka aykırı olması ile işlendiği zaman hukuki sonuç doğurması ayrı mütalaa edilmiş, bu bağlamda bid'î boşama, Cuma namazı vakti yapılan alış-verişi ve gasp edilmiş arazi üzerinde kılınan namaza benzetilmiştir. Yasak olmakla birlikte Cuma namazı vakti yapılan alış-verişi ve gasp edilmiş bir arazide kılınan namaz geçerli olduğu gibi Kur'an ve Sünnet'te belirtilen usule aykırı olarak yapılan talâk da hukuken geçerli kabul edilmiştir.⁵⁶

Gasp edilmiş arazide kılınan namaz ya da Cuma namazı vaktinde yapılan alış-verişi ile zaman açısından bid'î olan talâk hukuka aykırılık bakımından benzeşiyor olsa da hem nitelikleri hem yasak kılınış gerekçeleri açısından birbirinden farklı tasarruflardır. Gasp edilmiş arazinin mülkiyeti gerçek sahibine ait olup, gasp fiili bunu değiştirmemektedir. Namaz ise sıhhat şartlarını taşıdığı gerekçesiyle sahih kabul edilmektedir. Cuma namazının ise haftanın bir başka gününde ve saatinde kılınma imkânı yoktur. Kaldı ki Cuma vakti yapılan alış-verişi geçerli kabul eden Hanefî ve Şâfiî⁵⁷ fukahânın aksine Mâlikî hukukçuların çoğunluğunca Cuma vakti yapılan akdin feshedilmesi gerekli görülmüş,⁵⁸ Hanbelî ekolündeki hâkim görüşe göre de böyle bir akit geçersiz kabul edilmiştir.⁵⁹ Dolayısıyla bid'î boşamanın, alış-verişi akdine ya da namaz ibadetine kıyasını haklı ve gerekli kılacak bir illet birliği bulunmamaktadır.

Bid'î talâkı geçerli sayan fakihlere göre, boşama ric'î ise kocanın eşine dönmesi Hanefîlerin çoğuna göre vacip, Şâfiî, Hanbelî ve Kudûrî (ö. 428/1037) gibi bazı Hanefîlere göre ise sünnet veya müstehap kabul edilmiştir. Mâlikîler ise âdet ve

54 İbn Kudâme, *el-Muğni*, II, 1770; Buhûti, *Keşşâfu'l-kına'*, V, 240; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 63; İbn Kayyim, *Zâdü'l-meâd*, V, 210; Kevserî, *Zâhid, el-İşfâk alâ ahkâmî't-talâk*, el-Mektebetü'l-Ezheriyye li't-Turâs, Mısır 1994, s. 14. Kevserî bu eseri Ahmed Muhammed Şâkir'in *Nizâmu't-talâk fi'l-İslâm* isimli kitabına reddiye olarak kaleme almıştır.

55 İbn Kudâme, *el-Muğni*, II, 1770; Şeltût, *Sâysis, Mukârenetü'l-mezâhib fi'l-fikh*, s. 124.

56 Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi'*, IV, 207; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, III, 455.

57 Şâfiî, Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, Beytü'l-Efkâri'd-Düveliyye, Lübnan ty., s. 141.

58 Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî ale'ş-şerhi'l-kebir*, I, 388; Mevvâk, Muhammed b. Yusu'f, *et-Tâc ve'l-iklil li Muh-tasarı Halîl, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye*, I-VIII, Beyrut 1994, II, 555.

59 Buhûti, *Keşşâfu'l-kına'*, III, 180; İbn Kayyim, *Zâdü'l-meâd*, V, 204.

lohusalık halinde boşamanın haram, dolayısıyla bu durumda kocanın eşine dönmesinin zorunlu olduğu, cinsel ilişki gerçekleşen temizlik döneminde boşama ise mekruh sayıldığından, ric'atin bu durumda zorunlu görülmediği görüşündedirler.⁶⁰

Aslında bid'i boşama geçerli sayıldığına erkeğin eşine geri dönmesinin (ric'at) bir anlamı kalmamaktadır. Kocanın maksadı karısını boşamak olduğundan ve haram da olsa böyle bir talâk geçerli kabul edildiğinden zaten maksat husule gelmiş olacaktır. Bu itibarla Hz. Peygamber'in İbn Ömer'in boşadığı eşine geri dönmesine dair uyarısının yani ric'atin terim anlamıyla "boşamadan sonraki dönüş" yerine literal anlamıyla "boşama öncesi duruma dönüş" şeklinde anlaşılması⁶¹ daha makul görünmektedir.

b) Zaman Açısından Bid'i Talâkın Geçerli Olmadığı Görüşü

Cumhurun görüşüne mukabil, Saîd b. Cübeyr (ö. 82/701) ve Saîd b. Müseyyeb (ö. 96/715) gibi bazı tâbiîn âlimleriyle İmâmiyye ve Zâhiriyye ekolleri, İbn Teymiyye (ö. 728/1328), İbn Kayyim el-Cevziyye (ö. 751/1350), San'ânî (ö. 1182/1768) gibi âlimler âdet, lohusalık ve ilişkiye girilmiş tuhur dönemlerinde yapılan boşamanın geçerli olmadığı kanaatindedir. Muhammed Ebû Zehra, Abdülaziz b. Bâz, İbn Üseymin, Ali el-Hafif, Hayrettin Karaman gibi muasır âlimler de Kur'an ve Sünnet'in öngördüğü şekle uymadığı gerekçesiyle bu boşamanın hukuki sonuç doğurmayacağı görüşünü benimsemektedir.

Zaman açısından bid'i olan boşamanın hukuki sonuç doğurmayacağı görüşünü benimseyen âlimler, bu görüşlerini hem nassla hem mantıki birtakım izahlarla temellendirmeye çalışmışlardır. Buna göre, Şâri' tarafından izin verilmemiş olan bu şekildeki bir boşamanın sahih olduğunun öne sürülmesi mümkün değildir. Zira koca, üçten fazla boşama yetkisine sahip olmadığı gibi hukuken yasaklanmış, izin verilmemiş olan bir boşamayı gerçekleştirmeye de yetkili değildir.⁶²

Kur'an-ı Kerim'in eşinden ayrılmayı düşünen kocanın talâk yetkisini kullanırken kadının iddetini dikkate almasına dair uyarısı⁶³ buna aykırı şekilde, izin verilmeyen bir zamanda yapılan talâkın vaki olamayacağını ortaya koymaktadır.⁶⁴

60 Şirâzî, *el-Mühezzeb*, III, 406; Nevevî, *Ravdatu't-tâlibîn*, VIII, 4; İbn Kudâme, *el-Muğni*, II, 1770; Meydâni, *el-Lübâb*, II, 41; Mevâk, *et-Tâc ve'l-iklil*, V, 301-302; Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, II, 6-7.

61 Şâkir, Ahmed Muhammed, *Nizâmu't-talak fi'l-İslâm*, Kahire 1936, s. 21.

62 İbn Kayyim, *Zâdü'l-meâd*, V, 203.

63 Talâk, 65/1.

64 İbn Kayyim, *Zâdü'l-meâd*, V, 205; Tüsi, Ebû Ca'fer Nasüriddin Muhammed b. Muhammed, *el-Mebsût fi fikhi'l-imâmiyye*, I-VIII, Beyrut ty., V, 2; Şeltût, Sâyis, *Mukârenetü'l-mezâhib fi'l-fikh*, s. 125; Şâkir, *Nizâmu't-talak fi'l-İslâm*, s. 19; Surtâvi, *Fikhu'l-ahvâlî's-şahiyye*, s. 156.

Şevkânî (ö.1250/1834)'ye göre, kadını âdet döneminde ya da ilişki sonrası boşayan kimse ayette söz edilen iddete göre boşamamış olur. “Bir şeyin emredilmesi, zıddının nehyedilmesidir.” ilkesi uyarınca bid’i boşama hükümsüz olur.⁶⁵

Nitekim Hz. Peygamber de İbn Ömer’in eşini âdet halindeyken boşamasına tepki göstermiş, boşamadan dönmesini, daha sonra dilerse ilişkiye girilmemiş bir tuhur halinde boşamasını, Kur’an’da kadınların boşanması hususunda gözetilmesi emredilen vaktin/iddetin bu olduğunu belirtmiştir.⁶⁶ Buna göre, Hz. Peygamber’in, Abdullah’ın eşine geri dönmesini emretmiş olması bid’i olarak nitelendirilen bu boşamayı geçerli saymadığı şeklinde yorumlanmıştır. Öte yandan söz konusu rivayetin, ravinin ismine nispetle “Ebû Zübeyr hadisi” olarak bilinen diğer bir varyantında İbn Ömer’in, Resulullah’ın bu boşamayı reddettiğine dair ifadesi⁶⁷ bu yoruma dayanak olarak gösterilmiştir.⁶⁸ Ancak Ebû Zübeyr’in bu rivayeti konuyla ilgili diğer rivayetlere aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁶⁹

Saîd b. Mansur’un Abdullah b. Mâlik tarikiyle İbn Ömer’den naklettiği, karısını hayız halinde boşaması üzerine Hz. Peygamber’in, “ليس ذلك بشيء -Bu dikkate alınacak bir şey değil” ifadesiyle ilgili rivayete yer veren İbn Hacer, bunun Ebû Zübeyr hadisinin mütâbii olduğunu,⁷⁰ bununla birlikte yoruma müsait bulunduğunu belirtmektedir.⁷¹ İbn Kayyim ise bu eleştirilere, Ebû Zübeyr hadisini geçersiz saymayı gerektirecek her hangi bir rivayetin bulunmadığını belirterek karşı çıkmıştır.⁷²

Ahmed Muhammed Şâkir de konuyla ilgili eserinde, birbiriyle çelişen rivayetlerin imkân varsa cem edilmesi, bu mümkün değilse bir tercihte bulunulması gerektiğini belirttikten sonra Ebû Zübeyr rivayetini, hem Kur’an’ın boşanmayla ilgili ayetlerinin zahirine hem de sahih kaidelere uygun olması gerekçesiyle tercihe şayan bulmakta, âdet döneminde boşamanın geçerli olmayacağını söylemektedir.⁷³

Bid’i olarak nitelendirilen boşama şeklinin bid’at, her bid’atın da dalalet olduğunu ifade eden San’ânî (ö. 182/1768) de bu yüzden bid’i boşamanın bir hüküm

65 Şevkânî, *Neylül’-evtâr*, VI, 268.

66 Buhârî, “Talâk” 1; Müslim, “Talâk” 1; Ebû Dâvûd, “Talâk” 1; İbn Kayyim, *Zâdü’l-meâd*, V, 205.

67 Ebû Dâvûd, “Talâk” 4.

68 İbn Kayyim, *Zâdü’l-meâd*, V, 206; Şâkir, *Nizâmu’t-talâk fi’l-İslâm*, s. 19.

69 Azîmâbâdî, Muhammed Eşref b. Emîr, *Avnu’l-ma’bûd alâ şerhi Sünen-i Ebî Dâvûd*, Dâru İbn Hazm, I-II, Beyrut 2005, II, 1024; İbn Hacer, *Fethu’l-bârî*, IX, 354.

70 Mütâbaat: Ferd veya garib olduğu sanılan bir hadisin başka isnadlarla nakledildiğinin ortaya çıkması anlamında hadis terimidir. Bkz. Polat, Salahattin, “Mütâbaat”, *DİA*, XXXII, 180.

71 İbn Hacer, *Fethu’l-bârî*, IX, 354.

72 İbn Kayyim, *Zâdü’l-meâd*, V, 207.

73 Şâkir, *Nizâmu’t-talâk fi’l-İslâm*, s. 19.

ifade etmeyip, batıl sayılması gerektiğini öne sürmekte, İbn Ömer rivayetinde Hz. Peygamber'in bu boşamayı geçerli saydığına dair herhangi bir ifadenin yer almadığını, bunun İbn Ömer'in kendi kanaati olduğunu belirtmektedir.⁷⁴ Nitekim hadisin farklı varyantlarından birinde İbn Ömer'in, eşine geri döndüğünü ve bunu bir boşama saydığına söylediği bildirilmektedir.⁷⁵

Bu görüş sahiplerinin dayandığı diğer bir delil de “*Her kim bizim emrimize/sünnetimize uymayan bir iş yaparsa o reddedilmiştir.*”⁷⁶ hadisidir. Haram olan bu talâk biçimi de sünnete aykırı olduğuna göre batıl kabul edilmelidir. Ailenin ve kadının hukukunun korunması maslahatına uygun olan da budur.⁷⁷

İbn Rüşd, âdet döneminde yapılan boşamanın geçerli olup olmadığına ilişkin ihtilafın sebebinin sünnî talâk için öne sürülen şartların niteliğine dair tartışmadan kaynakladığını belirtmektedir. Söz konusu şartları talâkın geçerlilik şartları olarak kabul edenlere göre bid'i boşamanın geçersiz, tamamlayıcı şartlar olduğunu benimseyenlere göre ise geçerli sayıldığını ifade etmektedir.⁷⁸

Nâfi (ö. 202/822)'in, İbn Ömer'den, karısını âdet halindeyken boşayan kimsenin durumuyla ilgili olarak naklettiği, bunun iddet beklemeyi gerektirmediğine dolayısıyla boşama sayılmadığına ilişkin rivayete yer veren İbn Hazm (ö. 466/1064), bid'at olduğu hususunda şüphe bulunmayan bu tarz boşamanın nasıl olup da tecviz edilebildiğini sorgulamaktadır.⁷⁹

İbn Teymiyye (ö. 728/1328) de Şâri'in, bir hususu, içerdiği mefsedet sebebiyle haram kıldığını, tahrir hükmünün fesadı önlemek amacı taşıdığını ve haram kılınanın “yok” hükmünde olduğunu ifade ederek bid'i talâkın geçerli olamayacağını öne sürmektedir.⁸⁰

Hocasının görüşünü tercih eden İbn Kayyim (ö. 751/1350) tıpkı evlilik gibi boşamanın da helal ve haram olmak üzere iki kısma ayrıldığını, haram olan talâkın

74 San'ânî, *Sübülüş-selâm*, II, 251.

75 Buhârî, “Talâk” 2; Müslim, “Talâk” 4. Benzer bir rivayette ravi Yunus b. Cübeyr'in Abdullah b. Ömer'e bir kimsenin eşini âdet döneminde iken boşaması durumunda bu boşamanın geçerli olup olmayacağını sorması üzerine İbn Ömer'in, “Dur orda, bu kişi acziyet göstermiş ve ahmaklık etmişse (talâkı niye geçerli olmasın)?” şeklinde cevap verdiği bildirilmektedir. Müslim, Talâk, 9-11.

76 Müslim, “Akdiye” 18.

77 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 63; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, s. 1751; İbn Kayyim, *Zâdü'l-meâd*, V, 204; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, VI, 268; Surtâvî, *Fıkhu'l-ahvâlîş-şahsiyye*, s. 156.

78 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 64.

79 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, s. 1752.

80 İbn Teymiyye, *Mecmûu fetâvâ*, XXXIII, 25.

haram kılınmış nikâh gibi batıl/geçersiz sayılması gerektiğini söylemektedir.⁸¹ Ayrıca İbn Kayyim bid'î boşamanın zihara kıyaslanıp, ziharın haram olmakla birlikte hukuki sonuç doğurması gibi, yasaklanmış olmasının da bid'î talâkın geçerli sayılmasına engel olmayacağı görüşüne, ziharın tamamen asılsız bir söz olduğunu, meşru kılınmış bir zihar biçiminin bulunmadığını belirterek karşı çıkmaktadır.⁸²

Öte yandan caiz bir talâkla müvekkili adına boşama yapmak için yetkilendirilen kimsenin bu şarta aykırı olarak dinen yasak kılınmış şekilde boşamada bulunması durumunda iznin dışına çıkmış olması sebebiyle böyle bir talâkın geçerli olmayacağı belirtilmiş, mükellefin Allah ve Resülü tarafından izin verilmemiş bir biçimde boşamasının da aynı şekilde geçersiz olacağı ifade edilmiştir.⁸³

Mesele, kadının içinde bulunduğu psikolojik duruma atif yapılarak da ele alınmıştır. Buna göre, kadının özel günlerinde genellikle meydana gelen bedensel ve ruhsal değişikliklerin eşler arasındaki geçimsizliği etkileyebileceğinden boşama gibi ciddi sonuçları olan ve soğukkanlılıkla düşünülüp kararlaştırılması gereken bir tasarrufun bu devrede gerçekleştirilmesinin uygun olmayacağı, tuhur döneminde olmakla birlikte cinsel ilişkiden sonra vuku bulan boşamanın da evlilik birliğine son verme irade ve kararlılığından ziyade ârizî bir sebepten kaynaklanmış olmasının kuvvetle muhtemel olduğu üzerinde durulmuştur.⁸⁴

Kadınların özel hallerinden bahseden ayette geçen “ezâ” ifadesinin⁸⁵ fizyolojik rahatsızlık yanında psikolojik birtakım sıkıntıları da içermesi nedeniyle bu günlerde yapılan boşamanın Şâri'in gözettiği hikmet ve makâsıda aykırı olacağı da belirtilmiştir.⁸⁶

Öte yandan süresi içinde vaki olmayan talâkın geçerli olduğu öne sürülürse, boşama sürecinin belli aşamalardan geçmesi gerektiğini açıkça ortaya koyan ve aile birliğinin devamını sağlamak üzere her aşamada farklı önlemler getirmiş olan pek çok ayetin ruhunun ve esprisinin kaybolup gideceği de ifade edilmiştir.⁸⁷

81 İbn Kayyim, *Zâdü'l-meâd*, V, 204, 214.

82 İbn Kayyim, *Zâdü'l-meâd*, V, 218.

83 İbn Kayyim, *Zâdü'l-meâd*, V, 204.

84 Bkz. Acar, Halil İbrahim, “Talâk”, *DİA*, XXXIX, 500.

85 “Sana kadınların aybaşı hallerini soruyorlar. De ki: O rahatsız eden bir şeydir. Bu sebeple âdet günlerinde kadınlardan ayrı durun, temizlenmedikçe onlarla cinsel ilişkide bulunmayın. İyice temizlendiklerinde onlara Allah'ın emrettiği şekilde yaklaşın. Allah çok tövbe edenleri sever ve içi dışı temiz olanları sever.” Bakara, 2/222.

86 Aslan, Nâsi, “Ahkâm Hadislerinde Psikolojik Etmenler: Regl Dönemindeki Talâk Üzerine Bir İnceleme”, *ÇÜİFD*, 2017, cilt: 17, sayı: 1, (ss. 21-38), s. 34.

87 Aktan, “Kur'an'a Göre Boşanma Prosedürü”, s. 15.

Kur'an-ı Kerim'in, boşamanın kadının bekleyeceği iddet hesaba katılarak yapılmasıyla ilgili emri sarihtir. Emir kipinin kural olarak ne yönde anlaşılması gerektiği hususunda usul âlimlerince farklı görüşler öne sürülmüş olmakla birlikte, çoğunluğa göre, nedb ya da ibaha bildirdiğine dair bir karine bulunmadıkça nasslarda yer alan mutlak emir siğası vücûb/bağlayıcılık ifade eder.⁸⁸ Söz konusu ayet ile Hz. Peygamber'in, iddeti gözeterek yapılacak boşamanın kadının âdet döneminin akabinde ilişkiye girmeden olması gerektiğine dair açık ikazı ve İbn Ömer'in bu kurala aykırı olarak yaptığı boşamaya tepki gösterip, eşine dönmesine dair uyarısı birlikte değerlendirildiğinde zaman açısından bid'i olarak nitelenen boşamanın hukuki bir sonuç doğurmayacağı görüşünün isabetli olduğu görülmektedir.

3. ADET AÇISINDAN BİD'İLİK

Kur'an-ı Kerim'de; "(Dönüş yapılabilecek) boşama iki defa olabilir. Üçüncüsünde evlilik ya iyilikle devam eder veya güzel bir şekilde sona erdirilir."⁸⁹ buyrulur boşamanın en fazla üç kere olabileceği belirtilmiş, Hz. Peygamber de boşama iradesinin ortaya konuş biçimini açıklarken bir defa boşamadan söz etmiştir.⁹⁰ İster bir lafızla⁹¹ ister boşama lafzının tekrarıyla⁹² olsun bir mecliste yapılan birden fazla boşamanın geçerliliği meselesi kadim bir tartışma olduğu kadar, günümüzde de konuyla ilgili farklı yaklaşımlar ortaya konulmaktadır.

Boşamanın adet açısından bid'i sayılıp sayılmayacağı hususunda fukaha arasında görüş birliği bulunmadığı görülmektedir. Sahâbeden Hz. Ömer, Hz. Ali (ö. 40/661), Abdullah İbn Mes'ûd, Abdullah b. Abbas, Abdullah b. Ömer ile Hanefî ve Mâlikî fakihlere göre, bir tuhur içinde birden fazla boşama veya bir lafızla üç talâk sünnete aykırı ve haram kabul edilir.⁹³ Abdurrahman b. Avf (ö. 32/653), Ebû Sevr

88 Serahsî, *el-Usûl*, tah. Ebu'l-Vefâ el-Efgânî, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut ty, I, 15; Şîrâzî, *el-Luma' fi usûli'l-fıkh*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2003, s. 14; Âmidî, Ebu'l-Hasen Seyfuddin Ali b. Muhammed, *el-İhkâm fi usûli'l-ahkâm*, tah. Abdurrezzâk Afîfî, Beyrut ty, II, 152. Fıkh usulünde, Kur'an ve Sünnet'teki emir kipilerinin ve bu anlama gelebilecek diğer ifade şekillerinin mânaya delâleti ve bunlardan hüküm çıkarılması hususu ayrı bir önem taşır. Bundan dolayı emir kipinin tanımı, çeşitleri, bağlayıcılık derecesi, mânaya delâleti gibi konular üzerinde ayrıntılı olarak durulur. Bkz. Ögüt, Salim, "Emir", *DİA*, XI, 119-121.

89 Bakara, 2/229.

90 Buhârî, "Talâk" 1; Müslim, "Talâk" 1; Ebû Dâvûd, "Talâk" 1.

91 Erkeğin eşine, "Üç talâkla boşadım.", "Üç kere boş ol." veya ülkemizin bazı bölgelerinde görüldüğü gibi, "Üçten dokuz boşsun." şeklinde ifadeler kullanması.

92 Boşama ifadelerinin, "Sen boşsun, boşsun, boşsun" ya da "Boş ol, boş ol, boş ol" şeklinde tekrar edilmesi.

93 İbn Kudâme, *el-Muğni*, II, 1771; Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 4; Meydânî, *el-Lübâb*, II, 39; Mevsli, *el-İhtiyâr*, III, 142; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 62; Mağribî, *Mevâhibü'l-celil*, V, 301; İbn Teymiyye, *Mecmûu Fetâvâ*, XIII, 7.

(ö. 240/854), Dâvûd ez-Zâhirî (ö. 270/884), Şa'bi (ö. 104/723), İbn Hazm ve Şâfiî fakihler ise bu tarz boşamayı bid'î olarak nitelendirmemiştir. Bu görüş sahiplerine göre, bir mecliste bir lafızla yapılan üç boşama üç talâk olarak geçerlidir.⁹⁴ Hanbelî mezhebinde ise her iki yönde görüş belirtildiği görülmektedir. Ahmed b. Hanbel (ö. 241/855)'den bir mecliste yapılan üç boşamanın yasaklanmış olmadığına dair rivayet edilen bir görüşe⁹⁵ karşılık, böyle bir boşamanın bid'at ve haram olduğu da ifade edilmiştir.⁹⁶ Yine Mâlikî fakihlerce, boşamanın ihtiyaç sebebiyle mubah kılındığı, ihtiyacın da bir defa boşamakla giderilmiş olacağı gerekçesiyle, üç tuhur döneminde üç ayrı boşama da bid'î boşama olarak kabul edilmiştir.⁹⁷ Hanefiler ise boşanma ihtiyacı olduğunda farklı tuhur dönemlerinde tekrar eden boşamayı bid'î değil, mubah kabul etmişlerdir.⁹⁸

Bir mecliste birden fazla boşamanın bid'î kabul edilmesi, gerekli olması halinde bir kez boşanma ile ihtiyacın karşılanmış olacağı, fazlasına gerek olmadığı⁹⁹ ve bir kere boşamanın pişmanlık durumunda telafi imkânı sunmasına karşılık üç talâkın birden verilmesi halinde bu imkânın ortadan kalkmış olduğu¹⁰⁰ argümanına dayandırılmıştır. Ayrıca boşamanın iki defa olduğunu bildiren ayetin¹⁰¹ ifadesi bir seferde birden fazla boşamaktan nehyetmektedir.¹⁰² Sahabe de sünnete uygun olarak iddet bitinceye kadar başka boşama olmaksızın, bir defada bir kez boşamayı müstehap kabul etmiştir.¹⁰³

Üç talâkın aynı anda kullanılmasını bid'î ve haram olarak nitelendiren fakihlerin, boşamanın sayısı ve geçerliliği konusunda farklı kanaatte oldukları görülmektedir. Hanefî, Mâlikî ve bir görüşe göre Hanbelî ekolünde, bid'î olmakla birlikte böyle bir boşamanın hukuki sonuç doğurduğu ve üç talâk hakkının tüketilmiş olduğu benimsenmektedir.¹⁰⁴ Atâ (ö. 114/732), Tâvûs (ö. 104 /723), Saîd

94 Şâfiî, *el-Ümm*, s. 984; İbn Kudâme, *el-Muğni*, II, 1771; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, s. 1751; Kurtubî, *el-Câmî*, XVIII, 147; Desûkî, *Hâşiye*, II, 362; İbn Rüşd, *el-Bidâye*, II, 62; Nevevî, *Ravdatu't-tâlibîn*, VIII, 9.

95 İbn Kudâme, *el-Muğni*, II, 1771.

96 Buhûtî, *Keşşâfu'l-kıma*, V, 240; İbn Kudâme, *el-Muğni*, II, 1772.

97 Zemaşerî, *el-Keşşâf*, IV, 555.

98 Merğînânî, Burhânuddîn Ebu'l-Hasen, *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedi*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, I-IV, Beyrut 1990, II, 247.

99 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, IV, 205; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, III, 456; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 142; Surtâvî, *Fıkhu'l-ahvâlîş-şahsiyye*, s. 155.

100 Zeylâî, Fahrüddin, *Tebyinü'l-hakâik Şerhu Kenzi'dekâik*, Kahire 1313, II, 190.

101 Bakara, 2/229.

102 Cessâs, *Ahkâmu'l-Kur'an*, II, 73.

103 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, IV, 186; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, III, 447; Kurtubî, *Ahkâmu'l-Kur'an*, XVIII, 147.

104 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, IV, 206; Mâlik b. Enes, *el-Müdevvene*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, I-IV, yy 1994, II, 3; İbn Rüşd, *Bidâyeti'l-müctehid*, II, 60.

b. Cübeyr¹⁰⁵ ile İbn Teymiyye¹⁰⁶ ve İbn Kayyim el-Cevziyye¹⁰⁷ gibi fakihlere göre, bir defada gerçekleşen üç talâkla yalnız bir ric'î talâk meydana gelir. İmâmiyye de bu görüşü benimsemiştir.¹⁰⁸ Saïd b. el-Müseyyeb (ö.94/713) ve tâbiinden bir grup¹⁰⁹ ise sünnete aykırı olduğu için aynı anda yapılan üç boşamanın üçünün de geçersiz olduğu görüşündedir.

Zuhaylî,¹¹⁰ Ömer Nasûhî Bilmen¹¹¹ ve Zekiyyüddin Şa'bân¹¹² gibi muasır âlimler çoğunluğun görüşünü benimserken, Şeltût ve Sâysis¹¹³ ile Ebû Zehra bir mecliste yapılan üç boşamanın bir boşama olarak geçerli olduğu kanaatindedir.¹¹⁴ Bütün bu görüş farklılıkları hiç değilse, aynı anda yapılan üç talâkın üçünün de vuku bulduğu hususunda sahâbenin ve fukahanın icma etmiş olduğundan¹¹⁵ söz edilemeyeceğini ortaya koymaktadır.

Görüldüğü gibi fakihler aynı anda yapılan üç boşamanın hükmüyle ilgili olarak üç ayrı görüş etrafında toplanmıştır:

- Boşama üç talâk olarak geçerlidir.
- Bir ric'î talâk olarak geçerlidir.
- Boşama geçersizdir.

Bu görüşlerin dayandırıldığı delilleri ele alıp değerlendirmek sağlıklı sonuçlara ulaşmak açısından önem arz etmektedir.

105 İbn Kudâme, *el-Muğni*, II, 1772; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, III, 450; İbn Teymiyye, *Mecmûu fetâvâ*, XXXIII, 8.

106 İbn Teymiyye, *Mecmûu fetâvâ*, XXXIII, 9.

107 İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmu'l-muvakkîn an Rabbi'l-âlemîn*, tahk. Isâmuddin es-Sabâbatî, Dâru'l-Hadis, Kahire 2004, III, 25; *Zâdu'l-meâd*, V, 237.

108 Tûsî, *el-Mebsût*, V, 4. Kimi fakihler İmâmiyye'nin bu boşamay geçersiz saydığı öne sürseler de (bkz. İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, III, 449) kendilerine ait literatürde bunun bir boşama kabul edileceği ifade edilmektedir.

109 Zemahşerî, *el-Keşşâf*, IV, 557; Şeltût, Sâysis, *Mukârenetü'l-mezâhib fi'l-fikh*, s. 130.

110 Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve edilletuhu*, VII, 426.

111 Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve İstilâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*, III, 204, 210.

112 Şa'bân, Zekiyyiddin, *İslâm'da Evlenme, Boşanma*, çev. Ali Kerrar Ulu, İstanbul 1969, s. 119.

113 Şeltût, Sâysis, *Mukârenetü'l-mezâhib fi'l-fikh*, s. 143.

114 Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-şahiyye*, s. 306.

115 Desûkî, *Hâşiye*, II, 362; Tahâvî, Ebû Câfer Ahmed b. Muhammed, *Şerhu Maâni'l-âsâr*, tahk. Muhammed Zühri en-Neccâr, Muhammed Seyyid Câd el-Hak, Âlemü'l-Kütüb, yy. 1995, V, 55; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, III, 453.

a) Bir Mecliste Yapılan Üç Boşamanın Tamamını Geçerli Kabul Eden Görüşün Delilleri

Fakihlerin çoğunluğunun benimsediği bu görüşün gerekçelerinden birini, Kur'an'da boşama ile ilgili yer alan ayetlerde¹¹⁶ genel ifadeler kullanılmış olması, birden fazla boşamanın aynı ya da ayrı zamanlarda olmasına dair bir kaydın bulunmaması oluşturmaktadır.¹¹⁷

Abdullah b. Ömer'in eşini boşamasıyla ilgili daha önce bahsi geçen hadisin bir varyantında Abdullah'ın, "Ya Resulallah! Karımı üç kere boşamış olsam buna ne dersiniz?" diye sorması üzerine Hz. Peygamber'in, "O zaman Rabbine isyan etmiş olursun ve karın senden kesin olarak ayrılmış olur." buyurduğu nakledilmiş¹¹⁸ ve söz konusu görüş bu rivayete dayandırılmıştır.¹¹⁹

Delil olarak öne sürülen rivayetlerden bir diğerine göre, Ubâde b. Sâmî'tin babasının, karısını bin defa boşadığı söylenince, Hz. Peygamber, bunun üçünün geçerli olduğunu, diğer 997 boşamaya malik bulunmadığını bildirmiştir.¹²⁰ Ancak senesinde cerh edilmiş raviler olduğu için bu rivayetin "zayıf" olduğu, delil olarak kullanılamayacağı belirtilmiştir.¹²¹

Kocası kendisini boşadığı için Hz. Peygamber'in nafaka ve meskenle ilgili lehine bir hakkının olmadığına dair hükmünü bildiren Fâtıma bt. Kays (ö. 54/674)'ın bu rivayeti¹²² de ilgili görüşe delil olarak öne sürülmüştür.¹²³

Bir başka rivayete göre de bir şahsın karısını üç talâkla boşadığı bildirilince Resulullah kızarak ayağa kalkmış ve "Ben henüz aramızdan ayrılmadan Allah'ın kitabı ile mi oynuyorsunuz?" diyerek tepki göstermiştir.¹²⁴

Öte yandan kendilerine karısını bin kere boşayan kimsenin durumu sorulduğunda Hz. Ömer, Abdullah b. Abbâs, Abdullah b. Mes'ûd ve Abdullah b. Ömer gibi sahabilerin bunu üç boşama olarak kabul ettiklerine dair rivayetler¹²⁵ de bu

116 Örnek olarak, Bakara, 2/227, 236, 241; Ahzab, /49.

117 İbn Kayyim, *Zâdu'l-meâd*, V, 230; Cessâs, *Ahkâmu'l-Kur'an*, II, 83.

118 Dârakutnî, Ebu'l-Hasen Ali b. Ömer, *es-Sünen*, tah. Şuayb el-Arnaût, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 2004, V, 49, 56.

119 İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, III, 451.

120 Abdurrezzâk b. Hemmâm, *el-Musannef*, tahk. Habiburrahman el-Azâmî, el-Mektebetü'l-İslâmî, Beyrut 1403, VI, 393.

121 İbn Kayyim, *Zâdu'l-meâd*, V, 240.

122 Müslim, "Talâk" 36.

123 İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, III, 454.

124 Nesâî, *Talâk*, 6.

125 Ebû Dâvûd, *Sünen*, 10; San'ânî, *el-Musannef*, VI, 393-397; İbn Ebî Şeybe, Abdullah b. Muhammed, *el-Musannef*, tah. Kemal Yusuf el-Hût, Mektebetü'r-rüşd, I-VII, Riyad 1409, IV, 62.

görüşe delil olarak öne sürülmüş,¹²⁶ sahabenin, sünneti ve bu konudaki ahkâmı en iyi bilenler olduğu, bu sebeple onların görüşlerine uyulmasının gerekliliği üzerinde durulmuştur.¹²⁷ Hz. Ömer dönemine kadarki uygulamada aynı anda üç talâkın bir boşama kabul edilmesine ilişkin rivayetler ise boşama lafzının tekrar edilmesinin ilk zamanlarda tekit anlamına geldiği, daha sonra bunun boşamayı yenileme manasında kullanıldığı ve Hz. Ömer'in de buna dayanarak üç boşamayı geçerli saydığı şeklinde yorumlanmıştır.¹²⁸

Aynı anda yapılan üç boşamanın üçü de geçerli kabul edilirse ayette üzerinde durulan iddetin bitiminde "iyilikle tutmak" kısmına muhalif davranılmış, pişmanlık durumunda yeniden barışma imkânı ortadan kaldırılmış olacaktır. Kaldı ki bahsi geçen rivayetlerin aksine, uygulamada Hz. Peygamber'in aynı anda verilen üç talâkı tek boşama olarak kabul ettiği de bildirilmektedir.¹²⁹ Ayrıca Resulullah'ın bu tarz boşamaları tepkiyle karşılaması ve bundan hoşnut olmadığını ifade etmesi de öteden beri süregelen yanlış bir anlayışın düzeltilmesine dair nebevi bir müdahale olarak okunabilir.

b) Bir Mecliste Yapılan Üç Boşamayı Bir Boşama Olarak Kabul Eden Görüşün Delilleri

Bu görüş öncelikle konuyla ilgili olarak İbn Abbâs'tan gelen bir rivayeti esas almaktadır. Söz konusu rivayete göre, "Hz. Peygamber ve Hz. Ebû Bekir dönemleriyle Hz. Ömer'in hilafetinin ilk iki yılında aynı anda yapılan üç boşama bir boşama olarak kabul edilmekteydi. Hz. Ömer bunun kötüye kullanıldığını görünce, "İnsanlar kendilerine genişlik tanınmış bir konuda acele ediyorlar, o halde bu konuda onların sözlerini bağlayıcı sayalım." diyerek bir defada üç boşamayı geçerli kabul etmiştir."¹³⁰

Rivayetten de anlaşıldığı gibi, Asr-ı Saadet'ten Hz. Ömer dönemine kadar aynı anda verilen üç talak bir boşama sayılmaktaydı. Gerekliğinde eşini bir kere boşayabilecekken, kızgınlıkla üç talâkın birden verilmesinin yaygınlık kazanmasından hareketle Hz. Ömer'in halifelik yetkisini kullanarak kamu maslahatını sağlamak ve talâk yetkisinin kötüye kullanımının önüne geçmek amacıyla, yürürlükte olan

126 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, IV, 207; Zeylâi, *Tebyinü'l-hakâk*, II, 190-191; Mâlik b. Enes, *el-Müdevvene*, II, 5; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, III, 452.

127 İbn Kayyim, *Zâdu'l-meâd*, V, 236-237; Şeltût, Sâyis, *Mukârenetü'l-mezâhib fi'l-fık*, s. 133.

128 İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, III, 453.

129 Müslim, "Talâk" 15-17; Nesâî, "Talâk" 8.

130 Müslim, "Talâk" 15-17; Nesâî, "Talâk" 8.

uygulamada değişikliğe gittiği anlaşılmaktadır. Daha sonra doktrinde genel olarak Hz. Ömer'in bu düzenlemesinin benimsenip tatbik edildiği görülmektedir.

Yine bu görüşe delil olarak öne sürülen bir rivayete göre, sahabelden Rukâne isimli zat eşini bir lafızla üç kere boşamış, daha sonra çok pişman olmuş, durumu Resulullah'a sorduğunda, Hz. Peygamber bunun bir boşama sayılacağını ifade etmiştir.¹³¹

Fâtıma bt. Kays'ın durumuyla ilgili rivayet de üç boşamanın aynı anda yapıldığına dair bir bilgi içermediği gerekçesiyle söz konusu görüşü nakzedecek bir delil olarak görülmemiştir.¹³²

Aynı anda yapılan üç boşamanın bir talâk olarak geçerli olacağı görüşünü tercih edenlere göre, Kur'an'da zifafa girilmiş eşlerle ilgili olarak bahsi geçen talâk ric'î boşama olup üç talâkın bir anda kullanılması, yani boşamanın bâin olarak gerçekleşmesi teşri kılınmamıştır.¹³³

Bu bağlamda, "Boşama iki defadır. الطلاق مرتان" ayetinde geçen "merratân" ifadesinin "ayrı ayrı iki defa" anlamına gelmekte olduğu, talâkların birleştirilmesine ayetin ifadesinin izin vermeyeceği, bir defada birden çok boşamanın "ayrı ayrı boşama" anlamına gelmeyeceği üzerinde durulmuştur.¹³⁴ Nitekim namaz sonrası tesbihatın 33 defa söylenmesi ya da mülâanenin¹³⁵ dört yeminle gerçekleştirilmesi, ilgili lafızların ayrı ayrı tekrar edilmesi anlamına gelmekte olup, otuz üç ve dört rakamlarının telaffuz edilmesi ile maksat yerine gelmiş olmamaktadır. Dolayısıyla aynı anda yapılan üç boşama bir talâk anlamına gelmektedir.¹³⁶ Boşama ifadesinin iki ya da üç kez art arda tekrar edilmesi de ayrı ayrı boşama değil, bir boşama kabul edilmekte, bu durumda Şâri'in izin verdiği miktar yani bir boşamanın gerçekleşmiş olacağı belirtilmektedir.¹³⁷

131 Ebu Davud, "Talâk" 10; Tirmizi, "Talâk" 2; İbn Hanbel, *el-Müsned*, İstanbul 1413/1992, IV, 215; İbn Kayyim, *İ'lâmu'l-muvakkîn*, III, 26.

132 Şeltût, Sâysis, *Mukârenetü'l-mezâhib fi'l-fıkh*, s. 141.

133 İbn Teymiyye, *Mecmûa fetâvâ*, XXXIII, 9.

134 İbn Arabî, *Ahkâmu'l-Kur'an*, I, 258.

135 Mülâane, kadının, kendisini zina ile itham eden kocasıyla yeminleşmesidir. Koca, hâkim huzurunda dört defa açık bir yeminle karısının zina yaptığını ileri sürer veya doğan / doğacak çocuğun kendisinden olmadığını söyler. Bu durumda kocaya kazf/zina iftirası cezası verilmez. Kadın ise aynı şekilde zina isnadını dört yeminle reddeder ve o da zina eden kimse için öngörülmüş olan cezadan kurtulmuş olur. Nûr suresinin 6-9. ayetleri bu konuyla ilgilidir. Bkz. Aydın, Mehmet Akif, "Lian", *D'Â*, XXVII, 172.

136 İbn Kayyim, *İ'lâmu'l-muvakkîn*, III, 27-28; Şevkânî, Muhammed b. Ali, *Fethu'l-kadir*, I-IV, Riyad 2002, I, 211; Şâkir, *Nizâmu't-talâk fi'l-İslâm*, s. 35; Şeltût, Sâysis, *Mukârenetü'l-mezâhib fi'l-fıkh*, s. 135; Ateş, Süleyman, *Kur'an'a Göre Evlenme ve Boşanma*, Yeni Ufuklar Neşriyat, İstanbul ty, s. 72.

137 İbn Kayyim, *İ'lâmu'l-muvakkîn*, III, 30; Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-şahiyye*, s. 305.

Konu akli yönden de temellendirilmeye çalışılmış, bu bağlamda üç boşamanın bir anda yapılmasının bid'at ve bid'atin reddedilmesi gerektiğinin nassla bildirilmiş olduğu, dolayısıyla böyle bir boşamada sadece meşru kılınanın yani bir boşamanın geçerli olacağı üzerinde durulmuştur.¹³⁸

Din İşleri Yüksek Kurulu'nun konuya ilişkin fetvasında, fukahanın görüş ve delillerine yer verildikten sonra aynı mecliste/ortamda verilen üç talâkın, bir talâk olarak gerçekleşmiş olacağı görüşü benimsenmiştir.¹³⁹ Karaman da hem nakli delilinin güçlü olması hem aile hayatını korumaya elverişli bulunması bakımından bu hükmün tercih edilmesini uygun görmektedir.¹⁴⁰ Acar'a göre de İslam toplumlarında zaman içinde gelişen şartlar göz önüne alındığında maslahat, bir defada üç talâkla boşamanın ilk dönemde olduğu gibi bir talâk sayılmasını gerektirdiğini ortaya koymaktadır.¹⁴¹

Cahiliye döneminde erkeğin kadına zarar vermek amacıyla sınırsız bir şekilde kullandığı boşama yetkisi¹⁴² nasslarla kaydu şarta bağlanmıştır. Bunun aksine hareket edilmesi ve Kur'an-ı Kerim'de "ağır bir sözleşme" olarak nitelenen¹⁴³ nikâhın bir lafızla bir anda sona erebildiğinin kabul edilmesi aile kurumunun saygınlığının zedelenmesine ve akliselimin asla onaylamayacağı "hülle"¹⁴⁴ aldatmacasının önünün açılmasına zemin teşkil etmektedir. Nitekim İbn Kayyim'in de belirttiği gibi, tek celsede üç talâkın geçerli kabul edilmesiyle zamanla sünnetten uzaklaşmış ve hülle uygulaması yaygınlık kazanmıştır. Ona göre, bu hususta Asrı Saadet'teki uygulamaya dönülmesi vacip hale gelmiştir.¹⁴⁵

138 Şeltût, Sâysis, *Mukârenetü'l-mezâhib fi'l-fıkḥ*, s. 137.

139 Din İşleri Yüksek Kurulu, Fetvalar, s. 444.

140 Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 363.

141 Acar, "Talâk", *DİA*, XXXIX, 499.

142 Kurtubî, *el-Câmi' li ahkâmî'l-Kur'an*, III, 129; İbn Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, I, 258

143 Nisâ, 4/21.

144 Hülle, üç talâkla boşanmış bir kadının ayrıldığı kocasına tekrar dönebilmesi amacıyla bir başka erkekle evlenmesi anlamına gelmekte olup, Bakara suresindeki ilgili ayetlerin de (2/229-230) bu gelişmeler üzerine nazil olduğu bilinmektedir. Bu ayetler erkeğin boşama hakkını üçle sınırlandırmakta ve üçüncü boşamadan sonra kadının başka bir erkekle yeni bir evlilik yapmadıkça ve bu evlilik de sona ermedikçe önceki kocasıyla tekrar evlenemeyeceğini hükme bağlamaktadır. Ayetin ifadesi, konuyla ilgili hadisler ve sahâbe uygulaması dikkate alındığında bu sürecin tabii bir şekilde işlenmesi, yani üç talâkla boşanan bir kadının aynı erkekle evlenebilmesi için iddet bekledikten sonra bir başkasıyla sahil bir evlilik yapması, bu evliliğin de ölüm veya boşama ile sona ermesi ve tekrar iddet beklenmesi gerekmektedir. Ancak dinen doğru bulunmasa bile teamülde bu şartların sunî bir şekilde yerine getirilip, kadını kocasına helal kılmak amacıyla şekli bir evliliğin yapıldığı da bilinmektedir. Bkz. Köse, Saffet, "Hülle", *DİA*, XVIII, 475; Ayrıca bkz. Köse, "Aynı Anda Üç Boşama Geçerli midir?", *Mehir*, Kış 1997, s. 57-58.

145 İbn Kayyim, *İ'lâmu'l-muvakkîn*, III, 39.

Neticede bir mecliste yapılan üç boşamanın bir talâk kabul edilmesi yeni bir görüş ihdas etmek değil, Hz. Peygamber'in bu husustaki uygulamasına geri dönmek demektir.

c) Bir Mecliste Yapılan Üç Boşamayı Geçersiz Kabul Eden Görüşün Delilleri

Medineli meşhur yedi tâbiîn fakihinden biri olan Saîd b. el-Müseyyeb başta olmak üzere tâbiînden bir grup fakih¹⁴⁶ aynı anda yapılan üç boşamanın üçünün de geçersiz olduğu görüşündedir. Onlara göre, sünnete aykırı olarak yapılan bu talâk bid'attir ve sünnete uymadığı için reddedilmelidir. Boşamanın sınırları nasslarla belirlenmiş olup, bu sınırın dışında bir uygulamaya izin verilmemiş olduğu için böyle bir talâk vaki olmaz.¹⁴⁷

Boşamanın, boşama yetkisine sahip bir kimse tarafından zaman açısından belirlenen şartlara uygun olarak gerçekleşmesi durumunda, sadece "üç" rakamının telaffuz edilmiş olması ya da boşama lafızlarının birden çok tekrar edilmesi sebebiyle geçersiz kabul edilmesi görüşünün, erkeğin boşama iradesinin tamamen yok sayılması anlamına gelmesi açısından isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Nitekim Hz. Peygamber'in, bu tarz boşamalarla ilgili olarak kendisine arz edilen meselelerde boşamayı geçersiz saydığına ilişkin bir bilgi görebildiğimiz kadarıyla bulunmamaktadır.

4. ŞAHİT BULUNDURMAKSIZIN BOŞAMA

Fukaha arasında şahit tutulmaksızın yapılan boşamayı bid'î talâk olarak nitelleyen ve bu şarta uyulmadan yapılan boşamanın geçersiz olduğu görüşünü benimseyenler bulunmaktadır. Örneğin, Buhârî sünnete uygun bir boşama için iki şahidin bulunmasını gerekli görmektedir.¹⁴⁸ Aynı, bu görüşü şerh ederken, şahitler huzurunda yapılmayan boşamanın bid'î talâk anlamına geldiğini ifade etmiştir.¹⁴⁹ İmâmîyye'ye göre de iki Müslüman adil şahidin bulunmadığı boşama geçerli değildir.¹⁵⁰ Tabiûn fakihlerinden Saîd b. Cübeyr de aynı yaklaşımı benimsemektedir.¹⁵¹

146 Zemaşşerî, *el-Keşşâf*, IV, 557; Şeltût, Sâysis, *Mukârenetü'l-mezâhib fi'l-fikh*, s. 130.

147 Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-şahsiyye*, s. 305; Şeltût, Sâysis, *Mukârenetü'l-mezâhib fi'l-fikh*, s. 137.

148 Buhârî, "Talâk" 1.

149 Aynı, *Umdetü'l-kârî*, XX, 226.

150 Küleynî, *Furûu'l-kâfi*, IV, 67-71; Tûsî, *el-Mebsût fi fikhü'l-İmâmîyye*, V, 4.

151 Saîd b. Mansur, *es-Sünen*, I, 299.

Talâk suresinin ikinci ayetinde konuyla ilgili olarak, “İddet sürelerinin sonuna ulaştıklarında onları ya iyilikle tutun ya da onlardan uygun biçimde ayrılın; içinizden iki adil kişiyi şahit tutun ve şahitliği Allah için dikkatle yerine getirin.” buyurulmaktadır. Ayetteki şahit tutmaya ilişkin emrin vücut mu, nedb mi ifade ettiği ve boşamaya mı, ric’î talâkın ardından barışma durumunda eşine dönmeye/ric’ate mi yönelik olduğu hususunda fakihler arasında farklı görüşler bulunmaktadır. Hz. Peygamber döneminde boşamada şahit bulundurulmasına ilişkin bir uygulama bulunmamasından hareketle olsa gerek, söz konusu emrin gereklilik bildirmediği, şahitsiz boşamanın muteber olduğu kanaati öne çıkmıştır.

Şâfiilerde tercih edilen görüş, ric’atte şahit bulundurmanın vacip, ayrılıkta ise mendup olduğu yönünde iken Hanefî, Mâlikî ve Hanbelîlere göre her iki durumda da şahit bulundurmak mendup kabul edilmiştir.¹⁵² Şevkânî de bu görüşü benimsemiştir.¹⁵³

Boşama esnasında şahit tutmayı, boşama işleminin geçerlilik şartı saymayanlar da ayetteki buyruğun, anlaşmazlıkların giderilmesi ve hakların zayi olmaması gibi bir takım maslahatları içerdiği ve ihtiyata uygun olduğu görüşündedir.¹⁵⁴

Buna mukabil sahâbeden İbn Abbâs,¹⁵⁵ tâbiinden Atâ b. Ebî Rebah, İbn Cüreyc (ö. 150/767),¹⁵⁶ Süddî (ö. 128/745)¹⁵⁷ gibi âlimler ile İbn Hazm¹⁵⁸ ve Ebû Zehra,¹⁵⁹ Ahmed Muhammed Şâkir¹⁶⁰ gibi muasır İslam hukukçuları söz konusu emrin vücut ifade ettiği ve boşama esnasında iki şahit bulundurulmasının konuya ilişkin hak ve menfaatlerin korunması için gerekli olduğu kanaatindedir.

Ayrıca başlangıç şahitsiz gerçekleşmeyen bir olayın şahitsiz sona erdirilmesi Kur’an’ın ilkelerine, fıkın kurallarına, akıl ve mantığa uygun görülmemiş,

152 Râzî, Fahrüddîn Muhammed b. Ömer, *Mefâtihu'l-ğayb*, Daru'l-Fikr, I-XVII, Beyrut 2002, XV, 35; Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 19-20; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, IV, 144; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebir*, II, 424; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 82; Mâverdi, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed, *el-Hâvi'l-kebir*, tah. Ali Muhammed Muavviz, Adil Ahmed Abdulmevcûd, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, I-XIX, Beyrut 1999, X, 319; Buhûti, *Keşşâfu'l-kına*, V, 343.

153 Şevkânî, *Fethu'l-kadîr*, IV, 298.

154 Râzî, *Mefâtihu'l-ğayb*, XV, 35; Kurtubî, *Câmiu'l-ahkâm*, XVIII, 153; Zemahşerî, *el-Keşşâf*, IV, 558; Buhûti, *Keşşâfu'l-kına*, V, 343.

155 Taberî, Ebû Cafer Muhammed b. Cerir, *Câmiu'l-beyân an te'vili âyi'l-Kurân*, Daru'l-Fikr, I-XXX, Beyrut 2001, XXVIII, 153.

156 Cessâs, *Ahkâmu'l-Kurân*, V, 351.

157 Taberî, *Câmiu'l-beyân*, XXVIII, 153.

158 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, s. 1811.

159 Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-şahsiyye*, s. 392.

160 Şâkir, *Nizâmu't-talâk fi'l-İslâm*, s. 80.

nikâh gibi boşamanın da tescilinin önemi üzerinde durulmuştur.¹⁶¹ Hatta Kur'an-ı Kerim'de boşamanın şahit huzurunda yapılması şartından hareketle, günümüzde sünnete uygun olan boşamanın yargı yoluyla gerçekleşmiş olması şartının aranabileceğine de dikkat çekilmiştir.¹⁶² İslam hukuk tarihinde aile hukuku alanında ilk kanunlaştırma örneği sayılan Hukuk-ı Aile Kararnâmesi'nin ilgili maddesinden hareketle,¹⁶³ boşanmak isteyen erkeğin bu talebini hâkime iletmesi, hâkimin her iki aileden birer hakem tayin ederek bir "aile meclisi" oluşturması,¹⁶⁴ anlaşmazlığın giderilememesi durumunda aile meclisinin alacağı boşanma kararının hâkim tarafından yürürlüğe konulması da maslahat açısından daha uygun bir çözüm olarak takdim edilmiştir.¹⁶⁵

Talâk suresinde geçen ilgili ayetin ifadesi son derece açık olup, boşama olmasına şahitlerin tanıklık etmelerini amirdir. Erkeğe tanınan boşama salahiyetinin kadının aleyhine kötüye kullanılmaması ve mağduriyetlerin önüne geçilebilmesi açısından boşamanın usulüne uygun gerçekleşmesi önem arz etmektedir. Hz. Peygamber döneminde boşama esnasında şahit bulundurmaya yönelik uygulamanın bulunmaması ayetin bu konudaki uyarısını görmezden gelmeyi veya mendup olduğu gerekçesiyle yok saymayı intaç etmemelidir. İlgili rivayetler topluca değerlendirildiğinde karısını boşayan sahibilerin Hz. Peygamber'i bu durumdan haberdar ettikleri yani O'nu şahit tuttukları dikkat çekmekte, vakanın durumuna göre Resulullah'ın boşamanın zamanı ve biçimine ilişkin bir takım müdahalelerde bulunduğu anlaşılmaktadır.

Konuya ilişkin ayet ve hadislerin yanında fikhın maslahat ve istihsan delilleri de işletilerek, mehir, iddet, miras gibi birtakım hak ve borçların tespiti için aile ve kamu yararı göz önüne alındığında, boşamada şahit bulundurulmasına yönelik

161 Yavuz, Yunus Vehbi, "Kur'an'da Boşamanın Mertebeleri", *Kur'an Mesajı İlmî Araştırmalar Dergisi*, 1998, c. I, sayı 9, ss. 25-33, s. 33.

162 Yaman, Ahmet, *İslam Aile Hukuku*, Konya 2008, s. 83.

163 HAK'ın 130. maddesi şöyledir: "Zevceyn beyninde niza' ve şikâk zuhur edib de tarafeynden biri hâkime müracaat ederse hâkim tarafeyn ailelerinden birer hakem tayin eder. Bir veya iki taraf ailesinden hakem tayin olunacak kimse bulunamaz veya bulunup da hakem olacak evsafı hâiz olmazsa hariçten münasiplemini tayin eyler. Bu sûretle teşekkül eden aile meclisi tarafeynin ifadât ve müdâfaâtını tedkik ile beynlerini ıslâha çalışır. Kabil olmadığı sûrette kusur zevcede ise beynlerini tefrik eder. Ve zevcede ise mehrin tamamı veya bir kısmı üzerine muhâlea eyler. Hakemler ittifak edemezler ise hâkim evsaf-ı lâzımayı hâiz diğer bir heyet-i hakemiyye veya tarafeyne karabeti olmayan üçüncü bir hakem tayin eyler. Hakemlerin verecekleri hüküm kat'i ve nâ-kâbil-i itirazdır."

164 Boşanma noktasına gelmiş evliliklerde aile büyüklerinin özellikle arabulucu olarak duruma müdahale etmeleri bizzat Kur'an tarafından beyan edilerek şöyle buyurulmuştur: "Eğer karı-kocanın aralarının açılmasından korkarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin. Düzeltmek isterlerse Allah aralarını bulur. Şüphesiz Allah her şeyi bilen, her şeyden haberdar olandır." Nisâ, 4/35.

165 Erdoğan, Mehmet, *Tesettür Meselesinden Türban Sorununa*, İz Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 174.

Kur'ani emre işlerlik kazandırılmasının ve boşamanın tescil edilmesi yönünde resmi düzenlemeler yapılmasının Kur'an ve Sünnet'in ruhuna uygun olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim aile hukuku alanında İslam ve Osmanlı hukuk tarihinde ilk örnek sayılan Hukuk-ı Aile Kararnâmesi'nde de boşanmaların tescili usulü getirilmiştir.¹⁶⁶

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Cahiliye döneminde erkeğin karısını dilediğince boşayabildiği, iddetin bitmesine yakın geri dönüp ardından tekrar boşayarak talâkı kadının haklarını suiistimale yönelik bir silah olarak kullanabildiği bilinmektedir. Bu hukuksuzluğun ve keyfilüğün önüne geçmek üzere İslam boşanmaya hem bir sınır getirmiş hem de onu belli bir usule bağlamıştır.

Kur'an-ı Kerim'in aile hukuku ve özellikle talâkla ilgili ayetleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, hukuki düzenlemelerin yanı sıra boşanma gibi sadece eşleri değil, başta çocuklar olmak üzere her iki tarafın aile ve akraba çevresini yakından ilgilendiren, birden çok kişiye sorumluluk yükleyen, yıpratıcı ve zor bir sürecin olabildiğince az hasarla atlatılabilmesine yönelik ahlaki uyarıları da içerdikleri görülmektedir. Kararlılık durumunda ayrılığın güzellikle ve usulüne uygun bir biçimde olmasına, kadına zarar verebilecek davranışlardan uzak durulması gerektiğine dikkat çekilmektedir.¹⁶⁷ Böylece ilgili nasslar boşamanın kural ve nizama bağlı olmaksızın vuku bulan keyfi bir tasarruf olmadığını ortaya koymaktadır.

Nikâh gibi boşanma da önemli sonuçlar doğuran hukuki ve serbest iradeye dayalı bir tasarruftur. Aileyi kurarken titiz davranmak, belli ilkeleri gözetmek ve sadece duygularla hareket etmeyip aklîselimi işletmek nasıl önemliyse, evlilik birliğine son verilirken de meselenin ciddiyetini müdrik bir şekilde düşünüp tartarak, bilhassa öfkeye yenik düşmeden makul bir şekilde hareket edilmesi önem arz etmektedir. Aslında ilgili nasslar, boşama iradesinin anlık duygusal saiklerin ve gelip geçici heveslerin etkisiyle tezahür etmesinin önünde bir engel oluşturmaktadır. Gayrı ciddi sebeplerle boşanmanın önüne geçmek için birtakım tedbirler alınmıştır. Boşamanın belli bir prosedüre bağlanmış olması ve irade dışı gerçekleşen boşamanın geçerli olmaması da bu tedbirler arasında zikredilebilir.

İslam hukukunda talâk, erkeğin dilediğince ve sınırsızca kullanabileceği bir yetki olarak görülmemiştir. Kur'an ve Sünnet'te boşamanın iddet ve âdet süresi

166 Md.131: "Mevadd-ı sâlîfe mücibince tefrika dâir sâdır olan hüküm talâk-ı bâini tazammun eder ve keyfiyyet ale'l-usul tescil edilir."

167 Bakara, 2/231.

dikkate alınarak bir sürece yayılması ve belli bir sayıyla sınırlandırılması, boşama niyetinde olan kocanın kararını gözden geçirmesi, teenni ile hareket etmesi, itidali elden bırakmaması, pişmanlık durumunda da geri dönme imkânına sahip olması açısından önemlidir.

Fukahanın çoğunluğu, şartlarına riayet edilmeden gerçekleşen talâkın haram olmakla birlikte geçerliliğini öne sürmüşlerdir. Oysa Kur'an ve Sünnet'in vaz ettiği ilkelere aykırı olarak vuku bulan talâkın geçerli kabul edilmesi, mevcut uygulamayı islahın bir manasının bulunmadığını düşündürmektedir. Bid'i boşamanın hukuki sonuç doğurduğunun benimsenmesi, İslam'ın bu konudaki düzenlemelerinin yaptırım gücü olmadığını, bir tavsiyeden öte geçmediğini kabul anlamına gelmektedir.

Bid'i boşamanın geçerli olup olmadığı incelenirken boşanmanın teşri hikmeti göz önünde bulundurulmalıdır. Mesele sadece bir akdin sonlandırılmasından ibaret değildir. Boşamanın zamana yayılması eşlere, özellikle erkek eşe düşünme ve kararını gözden geçirme fırsatı vermektedir. Öte yandan ric'i boşama ile eşler, aynı evde olsalar da birbirinden ayrı kalmayı tecrübe etme imkânı bulmakta ve kendilerine bir pişmanlık payı tanınmış olmaktadır. Bütün bu maslahatlar dikkate alındığında bid'i boşamanın bunu iptal ettiği ve mefsedete yol açtığı bir vakiydir. Ayrıca Şâri'in, kocanın boşama yetkisini tanımakla birlikte, bu yetkiyi hem zaman hem adet bakımından sınırlandırmış olması, izin vermediği bir boşamada kocanın yetkisinin bulunmayacağına ilişkin yorumları haklı kılmaktadır.

Bid'i boşamayı geçersiz kabul etmeye yönelik görüşlerin maksadı, aile bütünlüğünün korunmasını sağlayarak maslahatı gözetmek, kadının hukukunu muhafaza etmek ve boşamanın bilâ kaydu şart, yaygın ifadesiyle söylemek gerekirse "erkeğin iki dudağı arasında" olan bir sözden ibaret olmadığını ortaya koymaktır.

Öte yandan Kur'an-ı Kerim'in konuyla ilgili ayetleri ve Hz. Peygamber dönemi uygulamaları göz önüne alındığında, erkeğin boşamayla ilgili yetkisini yok saymanın mümkün olmadığını, ancak siyasi irade (ulü'l-emr) tarafından bu yetkinin sınırlandırılmasına imkân bulunduğunu söyleyebiliriz. Nitekim Hz. Ömer'in, bir seferde yapılan üç boşamanın geçerli kabul edilmesine ilişkin düzenlemesi, kamu otoritesinin boşanmalara müdahalesine dair örneklik teşkil etmektedir. Aile hukukunun korunması, kamu vicdanının gözetilmesi ve en önemlisi de bireylerin, özellikle kadınların ve çocukların haklarının muhafaza altına alınması gibi yararlar göz önüne alındığında boşanmanın hukuki merci tarafından gerçekleştirilmesinin ve kayıt altına alınmasının en uygun yol olduğu, bunun, İslam hukukunun aile kurumuyla ilgili gözettiği ilkelere aykırı bir durum olmayacağı söylenebilir.

Sonuç olarak her geçen gün İslam'ın aile hayatına ilişkin hukuki sınırlarından ve ahlaki öğretilerinden uzaklaştığı, talâk salahiyetinin olur olmaz sebeplerle kullanıldığı bir toplum yapısında, bid'i talâk kapsamına giren, diğer bir deyişle nasslara aykırı olan boşamaları geçerli saymayan içtihatlar işlerlik kazandırılmamalıdır. Bu içtihatların fetvaya esas alınması aile yuvasının dağılmasının önüne geçmek adına önem taşımaktadır. Bir başka önem arz eden husus da fıkıhın bid'i boşama ile ilgili hükümlerinin, bu tarz boşamaların günah olduğunun, yapılması halinde tövbeyi gerektirdiğinin bilinmesidir. Şartlar boşanmayı gerekli kılmışsa, Allah ve Resulünün uyulmasını emrettiği boşama şekli, bir kimsenin eşini tuhur döneminde ilişkiye girmeksizin boşaması, eşini boşadığına veya pişman olup barışmak istediğinde geri döndüğüne iki kişiyi buna şahit tutmasıdır.

LA CONVERSION DE L'ÉPOUSE AU SEIN D'UN COUPLE NON MUSULMAN

Dr. Gökmen ÇITAK*

Özet: Geçen asrın son bölümünden itibaren Müslüman ülkelerden Avrupa'ya gelen göç akımları seküler ve gayrimüslim çevrelerde İslam'ın tedrici bir şekilde yerleşmesine yol açmıştır. Daha önce benzer örneği olmayan bu ortamda, Müslüman topluluklar çözülmesi gereken yeni meselelerle karşı karşıya kalmışlardır. Toplumsal yönlerini göz önünde bulundurarak fıkhi tekrar canlandırarak bir içtihadı düşünceyle Avrupa fetva ve araştırmalar konseyi (AFAK) bu meyanda öncül rol oynamıştır. Bu makalede ismi zikredilen konseyin, evli olan bir kadının Müslüman olduktan sonra gayri Müslim eşyle evliliklerini sürdürebileceklerine dair vermiş olduğu fetva üzerinde durulacaktır. Makâsîd eksenli ve özellikle "Olası olumsuz sonuçların dikkate alınması" prensibine dayanılarak istihsân yoluyla verilen bu fetva, tabi'un neslinden sonra oluşan icmâ'yada muhalefet etmektedir. Bu tür evliliklerin cevazına dair sahabeden gelen rivayetlerde ele alınıp tahlil ve ta'lil edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Gayrimüslimle evlilik, azınlık fıkhi, istihsân, icmâ, Avrupa fetva konseyi.

Gayrimüslim Bir Çiftten Bayanın Müslüman Olması Durumu

Résumé: Durant la seconde moitié du siècle précédent, un flux migratoire important de personnes en provenance de pays musulmans a engendré l'enracinement progressif de l'islam dans un environnement non musulman et sécularisé. C'est dans ce contexte sans précédent que les minorités musulmanes se sont trouvées face à de nouvelles problématiques qui nécessitaient d'être résolues. Prenant en compte les aspects sociétaux, le Conseil européen de la fatwa et des recherches (CEFR) a joué rôle initiateur pour revivifier le *fiqh* en promouvant l'*ijtihad*. Cet article traite la question de la conversion de l'épouse au sein d'un couple non musulman, pour laquelle le Conseil a rendu son verdict lui permettant de rester avec son époux. Cette *fatwa* qui se base essentiellement sur le choix préférentiel et qui s'articule autour du principe des *maqâsîd* et en particulier «de la prise en considération des éventuelles conséquences nuisibles», va à l'encontre du consensus établi après la période des successeurs. Nous tenterons également d'analyser de près les narrations relatées de la part de certains Compagnons qui jugeaient la validité de ce type de mariage.

Mots clés: Mariage avec un non musulman, Fiqh des minorités, Istihsân, Consensus, Conseil européen de la fatwa.

* Fransa Müslümanlar ve Avrupa IGMG Din istişare kurulu üyesi, Tahawi İslami İlimler müdürü, gcitak@hotmail.com, institut.tahawi@gmail.com

1. LA FATWA DU CONSEIL EUROPÉEN DE LA FATWA ET DES RECHERCHES

À ce sujet, le Conseil a consacré trois sessions consécutives, où de nombreux rapports et études en accord avec les finalités de la Législation islamique ont été présentés. Le Conseil a pris connaissance des conditions dans lesquelles les musulmanes nouvellement converties se retrouvent lorsque leur époux ne souhaite pas changer de religion. Le Conseil réaffirme et répète qu'il est interdit à toute musulmane d'épouser un non-musulman, conformément au consensus des savants musulmans.

Cependant, dans le cas d'un mariage conclu avant la conversion de la femme à l'islam, le Conseil a rendu son verdict de la manière suivante :

« Premièrement : Si le mari et la femme se convertissent à l'islam et s'il n'y a pas d'objection issue de la Législation islamique à ce mariage (tels que les liens du sang ou la fraternité de lait) remettant en cause la validité du mariage, alors le mariage est valide et correct.

Deuxièmement : Supposant que le mariage ait été correctement contracté initialement, si seul le mari se convertit à l'islam, tandis que son épouse reste juive ou chrétienne, alors la validité du mariage demeure, c'est-à-dire qu'il ne sera pas affecté par la conversion du mari.

Troisièmement : Si la femme se convertit à l'islam, mais pas le mari, le Conseil voit les quatre cas de figure suivants :

« Si la conversion a eu lieu avant la consommation du mariage, ils doivent se séparer immédiatement.

Si la conversion a lieu après la consommation du mariage et si le mari embrasse également l'islam avant la fin du délai de viduité, alors le mariage reste valide et correct.

Si la conversion a lieu après la consommation du mariage et si le délai de viduité expire, la femme peut décider d'attendre que son mari se convertisse, même si l'attente est longue. Une fois le mari converti, le mariage est jugé valable et correct.

Si la femme décide d'épouser un autre homme après l'expiration du délai d'attente, elle doit d'abord demander la dissolution légale du mariage.

Quatrièmement : Selon les quatre principales écoles de jurisprudence, il est interdit à la femme de rester avec son mari, ou de lui reconnaître ses droits conjugaux, une

fois son délai d'attente expiré. Cependant, certains savants avancent que la femme peut rester avec son époux, et lui permettre de jouir pleinement de ses droits conjugaux s'il ne l'empêche pas de pratiquer sa religion et si elle espère la conversion de son mari. La raison en est que certaines femmes auraient du mal à embrasser l'islam si la conséquence était de se séparer de leur époux et de leur famille. Ces juristes ont fondé leur point de vue sur le verdict de 'Umar b. Al-Ḥaṭṭāb à propos d'une femme d'Al-Ḥīra convertie à l'islam et de son mari non converti. Selon la narration authentique de Yazīd b. 'Abd Allāh al-Ḥaṭmī, 'Umar b. Al-Ḥaṭṭāb avait laissé le choix à la femme de rester avec son mari ou de le quitter¹. Pour appuyer leur point de vue, ils citent également l'avis de 'Alī b. Abī Ṭālib concernant une chrétienne convertie à l'islam mariée à un chrétien ou à un juif. 'Alī dit que le droit conjugal du mari restait inaliénable puisqu'il avait établi un contrat. Il s'agit également d'une narration authentique². On sait également que Ibrāhīm Al-Naḥā'ī, Al-Ša'bī et Ḥammād b. Abī Sulaymān partageaient le même point de vue. »³

Il s'agit d'une problématique qui se pose de plus en plus, notamment depuis que le nombre de conversions à l'islam s'accroît considérablement dans le paysage européen, surtout durant ces vingt dernières années⁴. En France, ce phénomène profite d'une dynamique qui trouve un grand écho dans les banlieues, là où le désir d'affirmer une identité est le plus répandu. Beaucoup de jeunes décident de choisir cette religion sous l'effet de la fréquentation des camarades de confession musulmane et aussi par le besoin de vivre pour une cause noble à laquelle se donner.

Certains penseurs⁵ déclarent la licéité de ce type de mariage en rejetant le

-
- 1 'ABD AL-RAZZĀQ, *Muṣannaḥ*, n° 12660. Ibn Ḥaḡar mentionne que la chaîne de transmission est authentique (*ṣaḥīḥ*). Ibn Ḥaḡar AL-ASQALĀNĪ, *Faṭḥ al-bārī*, Dār al-ma'rifa, Beyrouth 1959, vol. 9, p. 421.
 - 2 Le docteur AL-Ġuday' dans sa recherche affirme que les rapporteurs sont fiables et donc le récit serait authentique. 'Abdallāh AL-ĠUDAY', *Islām al-mar'a wa baqā' zawḡahā 'alā dīnī*, dans *Maḡalla al-'ilmīyya lil maḡlis al-ūrubbī lil iftā wa al-buḥūṭ* [Revue scientifique du conseil européen de la fatwa et des recherches], service de la publication du Conseil, Dublin 2004, n° 2, p. 108.
 - 3 CONSEIL EUROPEEN DE LA FATWA ET DES RECHERCHES, *Je veux embrasser l'islam : puis-je rester mariée ?*, [en ligne], traduit en français, islamophile, 6 mars, Dublin 2003, disponible sur : < <http://www.islamophile.org/spip/Je-veux-embrasser-l-Islam-puis-je.html> > (consulté le 14/09/2015). 'Abdallāh AL-ĠUDAY' (dir.), *op.cit.*, pp. 78 – 79.
 - 4 On estime en France à environ 100 000, les personnes issues de la culture chrétienne qui se seraient converties à l'islam. Selon Bernard Godard, consultant pour le ministère de l'Intérieur et des cultes, il y aurait chaque année environ 4000 conversions en France. Alexandre POUCHARD, Samuel LAURANT, Quel est le poids de l'islam en France, publié par Le Monde, s.l., 21 janvier 2015, disponible sur : < http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2015/01/21/que-pese-l-islam-en-france_4559859_4355770.html > (consulté le 09/09/2015). Voir aussi TRIBALAT Michèle, « Dynamique démographique des musulmans de France », *Commentaire*, n° 136, avril 2011, , pp. 972 - 976.
 - 5 En l'occurrence Tareq Oubrou (imam de la mosquée de Bordeaux). Tareq OUBROU, *Profession Imām*, Albin Michel, Paris 2009, p. 235.

consensus. Leur justification repose sur l'absence de texte univoque concernant le sujet. Or, les éléments qui viennent renforcer le sens des versets⁶ constituent une preuve évidente⁷. En effet, tous les commentaires du Coran affirment qu'il n'y a aucune divergence au sujet de l'interdiction du mariage d'une musulmane avec un non-musulman.

Le Coran dit : « [...] *Ne mariez pas vos filles aux idolâtres tant qu'ils n'ont pas acquis la foi. Un esclave croyant vaut mieux qu'un négateur libre, même si ce dernier a l'avantage de vous plaire, car les négateurs vous convient à l'Enfer, alors que Dieu, par un effet de Sa grâce, vous invite au Paradis et à l'absolution de vos péchés. Dieu explique avec clarté Ses versets aux hommes, afin de les amener à réfléchir.* »⁸

Dans son exégèse⁹, Al-Rāzī (606 h.) affirme que le terme « *mušrik* »¹⁰ dans ce verset est général, et englobe toute personne non musulmane. Il ne sera donc pas autorisé d'aller à l'encontre du consensus établi sur le sens, pas même en prétextant certains fondements de l'union conjugale, tels que la sincérité et l'honnêteté, pour justifier sa licéité¹¹. Le débat devrait s'articuler sur la réalisation du consensus, et non pas sur la preuve en soi.

Le CEFR s'est donc penché sur cette problématique afin d'étudier les différentes opinions à ce sujet pour, au final, adopter une réponse qui serait en accord avec les finalités de la Législation islamique et les principes de la jurisprudence islamique. La revue scientifique n°2 a publié les travaux de recherche de six membres du Conseil qui ont approfondi la question¹². Le plus long travail revient au docteur 'Abdallāh Al-Ġuday' qui conclut son étude en affirmant la validité d'un tel mariage et par conséquent, la femme récemment convertie à l'islam pourra poursuivre sa vie de couple avec son mari non musulman.

6 « *Ne mariez pas vos filles aux idolâtres tant qu'ils n'ont pas acquis la foi [...]* » Coran, s. 2, v. 221, « [...] *car désormais, elles ne sont plus licites pour eux ni eux licites pour elles [...]* » Coran, s. 60, v. 10.

7 Muḥammad al-Tāhir IBN 'ĀŠŪR, *Al-taḥrīr wa al-tanwīr*, Dār Saḥnūn, Tunis 1997, vol. 2, p. 360.

8 Coran, s. 2, v. 221

9 Faḥr al-Dīn AL-RĀZĪ, *Mafātīḥ al-ġayb*, Dār ihya' al-turāṭ al-'arabī, Beyrouth 1999, vol. 6, p.408.

10 Personne associateur ou idolâtre.

11 Tel que Asma Lamrabet, medecin biologiste. LAMRABET Asma, Ce que dit le Coran quant au mariage des hommes et des femmes musulmans avec des non musulmans [en ligne], s.l.n.d, disponible sur : < <http://www.asma-lamrabet.com/articles/ce-que-dit-le-coran-quant-au-mariage-des-hommes-et-des-femmes-musulmans-avec-des-non-musulmans/> > (consulté le 21/02/2014).

12 La revue n° 2 du Conseil a été consacrée totalement à l'étude de cette question. (janvier 2003). Les recherches ont été réalisées par les membres suivants : Dr. 'Abdallah Al-Ġuday', Dr. 'Abdallāh al-Zubayr, Cheikh Fayṣal al-Mawlawī, Dr. Muḥammad 'Abd al-Qādir Abū Fāris, Cheikh Nihad Çıktçı et le Cheikh Al-Qaradāwī.

L'éminent Al-Qaradāwī partage également le même avis contrairement au reste des membres qui ne le légalisent pas¹³.

Quant à la résolution du Conseil, elle semble se positionner du côté des partisans, dès lors que la préservation de la religion est envisageable. Nous mentionnerons dans un premier temps ce qui a été relaté dans les textes et les jugements des juristes à ce sujet. Ensuite nous analyserons la démarche argumentative sur laquelle le CEFR a construit sa *fatwa* et sur les conséquences contextuelles qui ont été prises en considération pour adopter un tel avis.

2. CE QUE DISENT LES TEXTES À CE SUJET

2.1. Le Coran

Au sujet du mariage mixte (personnes de religions différentes), nous relevons trois versets qui en font mention. Les deux premiers concernent la femme musulmane et le troisième le musulman.

« **Ne mariez pas vos filles aux idolâtres tant qu'ils n'ont pas acquis la foi [...]** »¹⁴

« Ô vous qui croyez ! Quand des croyantes se présentent en réfugiées auprès de vous, mettez leur foi à l'épreuve, bien que Dieu soit le mieux Informé de la sincérité de leur foi. Si vous êtes convaincus qu'elles sont de vraies croyantes, ne les renvoyez pas aux infidèles, car désormais, **elles ne sont plus licites pour eux ni eux licites pour elles**. Mais restituez le montant des dots à leurs anciens maris, et vous pouvez alors vous-même les épouser en leur versant leur dot. »¹⁵

« La nourriture de ceux qui ont reçu les Écritures est aussi licite pour vous, de même que la vôtre l'est pour eux. Pour ce qui est du mariage, **il vous est permis de vous marier aussi bien avec d'honnêtes musulmanes qu'avec d'honnêtes femmes appartenant à ceux qui ont reçu les Écritures avant vous**, à condition de leur verser leur dot, de vivre avec elles, en union régulière, loin de toute luxure et de tout concubinage. »¹⁶

13 Yūsuf AL-QARADĀWĪ, *Fiqh des minorités musulmanes*, traduit de l'arabe Abir Adly et Saliha Sadek, Le Caire, Al-Falah, 2003, pp. 126-127.

14 Coran, s. 2, v. 221.

15 Coran, s. 60, v. 10.

16 Coran, s. 5, v. 5.

2.2. La Sunna

Nous nous contenterons de mentionner quelques *hadith(s)* parmi les plus pertinents concernant notre problématique et qui ont servi d'argument¹⁷.

Période médinoise :

Avant que la loi interdisant le mariage d'une musulmane à un non musulman n'entre en vigueur¹⁸, la fille du Prophète, Zaynab, était mariée avec Abū al-ʿĀṣ Ibn al-Rabī¹⁹ à la Mecque. Après que la révélation eut débuté, le Prophète reçut l'ordre de répandre le message divin en commençant d'abord par ses proches²⁰. On comptait Zaynab parmi les premières femmes à avoir accepté l'islam. Quant à son mari Abū al-ʿĀṣ, il appartenait toujours à la religion ses ancêtres, celle des Quoraïchites²¹.

Lors de la bataille de Badr²², qui a abouti à une défaite écrasante des Quoraïchites, certains d'entre eux furent capturés et emprisonnés, dont Abū al-ʿĀṣ. Aussitôt, Zaynab envoya son émissaire avec la rançon²³ qui était demandée pour obtenir sa libération. Connaissant le contenu de la rançon, le Prophète fut attristé et pris de compassion pour sa fille, il dit :

« *Trouvez-vous bon de libérer ce prisonnier et de lui rendre son bien ?* » ils acceptèrent et lui rendirent son bien²⁴. Le Prophète lui demanda en retour de renvoyer sa fille Zaynab auprès de lui à Médine. Dès son retour à la Mecque, Abū al-ʿĀṣ a tint sa promesse et envoya Zaynab auprès de son père.

Peu avant la conquête de la Mecque, Abū al-ʿĀṣ sortit pour une expédition commerciale en Syrie. Au retour, la caravane fut interceptée aux abords de Médine, Abū al-ʿĀṣ réussit à s'échapper et fut contraint de se réfugier dans la demeure de Zaynab. Le lendemain, au moment de la prière de l'aube, elle informa les fidèles de la mosquée qu'elle avait donné protection à Abū al-ʿĀṣ. Une fois la prière terminée, le Prophète se rendit chez sa fille et lui dit :

17 Les *hadith(s)* évoqués ont aussi bien été pris en considération par les partisans que par les opposants. La nuance se situe au niveau de sa compréhension.

18 En l'occurrence le verset 10 de la sourate l'éprouvée, susmentionnée.

19 Un Quoraïchite du clan des 'Abd Šams, Ibn Ḥağar AL-ASQALĀNĪ, *Al-Iṣāba fī tamyiz al-ṣaḥāba*, Dār al-ğīl, Beyrouth 1991, vol. ,7, p. 248.

20 Coran, s. 26, v. 214.

21 'Alī AL-TAḤṬAWĪ, *Nihāya al-igāz fī sīra sākin ql-ḥiğāz*. Le Caire, Dār al-qaḥāir, 1998, p. 83.

22 La bataille a eu lieu en 624 (seconde année de l'hégire).

23 La rançon comprenait un collier que sa mère, Ḥadīğa, lui avait offert avant sa mort.

24 ABŪ DĀWŪD, *Sunan*, n° 2692.

« Ô ma fille, accueille-le avec hospitalité, mais qu'il ne s'approche point de toi, car tu n'es pas légitime pour lui, ni même lui pour toi. »²⁵

Puisque Abū al-‘Āṣ n'avait pas encore embrassé l'islam, plus tard il retourna à la Mecque et décida de proclamer sa conversion auprès des siens pour prouver que sa décision n'était pas par contrainte²⁶. Lorsqu'il s'en retourna rejoindre les musulmans à Médine, le Prophète lui rendit son épouse Zaynab sans renouveler le contrat de mariage selon la version rapportée par Ibn ‘Abbās²⁷ et avec un nouveau de contrat de mariage selon la version rapportée par ‘Abdallāh b. ‘Amr²⁸.

Autre récit :

D'après Ibn Šihāb, il est rapporté qu'Umm Ḥakīm b. al-Hārīṭ b. Hišām était l'épouse d'Ikrima b. Abū Ğahl. Elle se convertit à l'islam le jour de la conquête de la Mecque et son mari Ikrima s'enfuit, en renonçant à l'islam, pour se rendre au Yémen. (Son épouse) Umm Ḥakīm prit ensuite la route pour le rejoindre et l'invita à se convertir à l'islam, ce qu'il fit. Il partit rejoindre le Messager de Dieu durant l'année de la conquête de la Mecque, lorsque ce dernier le vit, il se hâta pour l'accueillir avec joie, avant même qu'il n'ait eu le temps de prendre son manteau. Aussitôt Ikrima lui prêta le serment d'allégeance et le Messager de Dieu maintint leur précédent mariage²⁹.

Ce hadith est *mursal*³⁰, c'est à dire que le successeur Ibn Sihāb Al-Zuhri (h. 121) le relate directement du Prophète Muḥammad sans intermédiaire. L'érudit sa-

25 AL-BAYHAQĪ, *Sunan al-kubrā*, n°18178. Voir aussi ‘Abd Al-Malik IBN HIŠĀM, *Al-Sira al-nabawiyya li Ibn Hišām*, 2^{ème} éd., Le Caire, Maktaba Muṣṭafā al-Bānī, 1955, vol. 1, pp. 652 - 657.

26 En effet, le Prophète avait suggéré de lui rendre le bien qui avait été saisi et c'est ce qui a été fait. Une fois arrivé à la Mecque, et par crainte que cela soit mal interprété Abū al-‘Āṣ dit : « *Maintenant que je me suis déchargé de vos biens, je déclare que je suis musulman* ». Il proclama sa conversion de son propre gré. ‘Abd Al-Malik IBN HIŠĀM, *op.cit.*, p.658 .

27 AL-TIRMIḌĪ, *Sunan*, n°1143. La chaîne de transmission de ce *hadith* est plus authentique que celle du second. Les savants musulmans commentent cette version pour dire que la conversion Abū al-‘Āṣ a eu lieu peu après l'interdiction (sourate l'éprouvée, verset 10) et que par conséquent, la période de viduité aurait débuté à cet instant. Ce qui explique le retour de Zaynab à son mari sans nouveau contrat de mariage. Selon les variantes, on estime à près de 6 ans le délai de leur séparation. Ğamāl al-Dīn AL-ZAYLA‘Ī, *Naṣb al-rāya*, Mu‘assasa al-rayyān, Beyrouth 1997, vol.3 , p.212 .

28 AL-TIRMIḌĪ, *Sunan*, n°1143 .

29 AL-BAYHAQĪ, *Sunan al-kubrā*, n°14064 .

30 Voire *mu‘dal* d'après le traditionniste Al-Albānī, donc avec deux maillons manquant dans la chaîne de transmission, ce qui le rendrait faible. Rappelons tout de même que les premiers juristes acceptaient le récit détaché, il servait de preuve juridique.

vant malikite Ibn ‘Abd al-Barr relate dans son commentaire dédié au *Muwaṭṭa’* de l’imam Mālik que Ibn Sihāb a dit: « Rien ne nous est parvenu au sujet d’une femme (nouvellement convertie) qui aurait immigrée vers le Prophète (à Médine) et que son mari non musulman serait resté dans une terre non musulmane sans que cette immigration soit la cause de leur séparation. A moins que ce dernier la rejoigne avant l’écoulement de sa période de viduité »³¹. Ibn ‘Abd al-Barr affirme que cette parole ainsi que les récits relatés à ce sujet sont connus chez les biographes du Prophète et que Ibn Sihāb en est le maître, le plus connaisseur. Par conséquent la réputation de ces différents récits ne laisse aucun doute sur leur authenticité, elle prévaut même à une chaîne de transmission qui serait continu jusqu’au Prophète³².

Ainsi tout homme qui aurait rejoint son épouse et embrassé l’islam avant l’écoulement de sa période de viduité pourra toujours bénéficier de son précédent contrat de mariage.

3. LES APPLICATIONS DES COMPAGNONS

On remarque que la majorité des jugements des compagnons se positionnent plutôt pour la séparation. Quant à ‘Umar, les sources nous relatent diverses applications de sa part³³.

Les jugements de ‘Umar b. al-Ḥaṭṭāb³⁴

On rapporte qu’un homme³⁵ des Banū Taglib était chrétien, et son épouse chrétienne. Puis elle se serait convertie à l’islam. Une fois que ‘Umar fut informé de la conversion, il dit à l’époux : « Soit tu te convertis également à l’islam, soit je te sépare d’elle. » Lorsque l’homme renonça, ‘Umar décida de la séparation³⁶.

Il est rapporté d’après Al-Ḥasan qu’une chrétienne décida de se convertir à l’is-

31 MĀLIK B. ANAS, *Al-Muwaṭṭa’*, n° 2002.

32 Abū ‘Umar IBN ‘ABD AL-BARR, *Al-Tamhīd*, Rabat, Wizāra ‘umūm al-awqāf, 1967, vol. 12, p. 19.

33 Šāliḥ ‘Abd al-Raḥmān AL-ZUBAYR, [statut du mariage d’une femme convertie sans que son mari ne le soit] dans *Mağalla al-‘ilmiyya lil mağlis al-‘urubbī lil iftā wa al-buḥūt* [Revue scientifique du Conseil européen de la fatwa et des recherches], service de la publication du Conseil, Dublin 2003, n°2, p.232.

34 Les récits relatés à son égard semblent contradictoire. Nous avons tenté de les réconcilier dans la conclusion. *Infra* p. 21.

35 On le nommait ‘Ubāda b. Al-Nu‘mān.

36 IBN ABĪ ŠAYBA, *Muṣannaḥ*, n° 18303. Ce récit est renforcé par une autre chaîne de transmission, rapporté par Dāwūd b. Kurdūs d’après ‘Umar. Ibn Hibbān le classe parmi les narrateurs fiables et honorables, donc il y a bien une prise en considération (*i’tibār*) du récit. SA‘ĪD B. MANŠUR, *Musnad*, n° 1974. Ibn Ḥaḡar AL-ASQALĀNĪ, *Lisān al-mizān*, Beyrouth, Dār al-bašā’ir al-islāmiyya, 2002, vol.3, p.411.

lam alors qu'elle était mariée avec un chrétien. La famille de l'épouse souhaite la séparer de son mari. Lorsqu'ils vinrent consulter 'Umar, il laissa le choix à l'épouse³⁷.

3.1. L'évolution de l'avis juridique après la période des successeurs

Déjà chez les successeurs, peu de savants³⁸ avaient adopté l'avis de 'Umar b. al-Ḥaṭṭāb qui validait ce type de mariage : pour la majorité d'entre eux, le contrat de mariage prenait fin, soit immédiatement après la conversion, soit après la période de viduité. L'annulation du contrat peut également prendre effet par décision du juge.

Peu à peu, la divergence s'amenuisa pour laisser la place au consensus. En effet, après le décès de Ḥammād b. abī Sulaymān³⁹, tous les savants s'accordèrent pour affirmer que la femme une fois convertie à l'islam ne pouvait pas poursuivre la vie de couple en ayant des rapports conjugaux avec son mari non musulman⁴⁰. Les savants qui relatent le consensus à ce sujet sont les suivants :

Al-Qurṭubī : « *Le consensus de la communauté s'accorde sur le fait qu'un polythéiste ne peut avoir de relations sexuelles avec une croyante (musulmane) parce que cela reviendrait à rabaisser l'islam.* »⁴¹

Ibn 'Abd al-Barr : « *Les savants ne divergent point sur le point suivant : un mari ne pourra plus approcher son épouse dès lors qu'elle se convertit à l'islam et que sa période de viduité est achevée, à moins qu'il ne se convertisse également durant cette période. Quant à Ibrāhīm al-Naḥā'ī, son avis tranche sur celui de la majorité des savants et personne ne l'a retenu, à l'exception des zahirites.* »⁴²

37 IBN ABĪ ŠAYBA, *Muṣannaḥ*, n° 18313. On retrouve également un autre *hadīth* similaire, où une femme de la tribu d'*Al-ḥīrā* se convertit à l'islam, et ils demandèrent le jugement par écrit à 'Umar. Ce dernier rendit le même jugement, en laissant le choix à l'épouse entre la séparation et le maintien du mariage. 'ABD AL-RAZZĀQ, *Muṣannaḥ*, n° 12660.

38 A l'instar de 'Amīr al-Ša'bī, d'Ibrāhīm al-Naḥā'ī et de Ḥammād b. abī Sulaymān. AL-MAWLAWĪ Fayṣal, [conversion à l'islam de l'épouse et que l'époux professe une autre religion] dans *Maḡalla al-'ilmiyya lil maḡlis al-ūrubbī lil iftā wa al-buḥūf* [Revue scientifique du Conseil européen de la *fatwa* et des recherches], service de la publication du Conseil, Dublin 2003, n° 2, p. 272.

39 Décédé en 746, il était une figure importante dans le domaine de la jurisprudence et du *hadīth*. Il fut également l'un des maîtres d'Abū Ḥanīfa.

40 AL-MAWLAWĪ Fayṣal, *op.cit.*, p. 266 et 274.

41 Šams al-Dīn AL-QURṬUBĪ, *Al-Ġāmi' al-aḥkām al-qur'ān*, Le Caire, Dār al-kutub al-miṣriyya, 1964, vol. 3, p. 72. et vol. 18, p. 63.

42 Abū 'Umar IBN 'ABD AL-BARR, *Al-Tamhīd*, Wizāra 'umūm al-awqāf, Rabat 1967, vol. 12, p. 28. Le zahirisme : courant littéraliste apparu au 9^{ème} siècle. Le fondateur fut Dāwūd b. 'Alī al-Isfahānī (815-884) (souvent nommé Dāwūd Al-Zāhirī).

La divergence des juristes portait uniquement sur le délai et sur la procédure liée à la séparation. À cet effet, nous pouvons remarquer que la dissolution s'articule autour de trois axes principaux : la période de viduité, la période de conversion et l'intervention du *cadi*. Voici en détail les opinions des juristes à ce sujet:⁴³

La dissolution doit avoir lieu après l'expiration de la période de viduité : Selon les *chaféites*, *hanbalites*, *malikites*, *jafarites*, *zaydites*, Ibn Šubruma⁴⁴, Al-Awzā'ī, Al-Layṭ b. Sa'd et Ishāq b. Rāhuwayh⁴⁵.

- La dissolution en fonction du lieu :

En terre de guerre (*dār al-ḥarb*) :

La séparation a lieu après l'expiration de la période de viduité et si l'époux ne s'est pas converti à l'islam.

• En terre d'islam :

L'affaire est conduite au tribunal devant le *cadi*. Ce dernier propose en premier lieu la conversion. Si l'époux refuse, il procède dès lors à la séparation.

C'est l'avis de l'école hanafite⁴⁶ et de Sufyān al-Ṭawrī

Le contrat de mariage est annulé dès la conversion de l'épouse : selon les *zahirites* et Ibn Ṭawr.

- On procède à une séparation physique⁴⁷ sans que le contrat ne soit invalidé dans le fond, à moins qu'elle décide d'épouser un autre homme. C'est l'avis d'Ibn Taymiyya et son disciple Ibn al-Qayyim. C'est également un des avis attribués aux *jafarites*.

Puisqu'il n'y a pas unanimité sur la dissolution du mariage à la suite d'une conversion, le CEFR va donc pousser sa réflexion pour choisir la solution la plus pertinente qui permettra la concordance entre les textes et le contexte.

Notre analyse portera sur deux aspects de la *fatwa* : la compréhension des textes par le CEFR à ce sujet et son application au contexte.

43 Fayṣal AL-MAWLAWĪ, *op.cit.*, p. 274.

44 Un autre avis est relaté de sa part qui préconise la séparation dès le moment de la conversion de l'épouse.

45 Cependant, ils divergent sur la condition liée à la proposition de la conversion envers l'époux, à savoir s'il est obligatoire ou non de soumettre cette offre.

46 Il s'agirait d'un divorce pour Abū Ḥanīfā et l'imam Muḥammad et d'une dissolution pour Abū Yūsuf.

47 Interdiction d'avoir des rapports conjugaux.

A la lumière des travaux qui ont été réalisés et présentés lors des sessions, le Conseil semble être convaincu du bien-fondé de l'approche d'Ibn al-Qayyim, qui opte pour une position médiane entre la dissolution et la légitimité de ce type de mariage.

Selon son approche, la conversion est perçue comme un élément qui n'affecte pas l'originalité du contrat, mais qui suspend certains droits⁴⁸. Elle entraîne en l'occurrence une privation des relations charnelles et une suspension de l'autorité maritale. Le mari n'est donc plus tenu de verser la pension alimentaire *nafaqa*⁴⁹.

L'argument qui prouve la restriction du contrat repose sur le récit de Zaynab et de son mari⁵⁰, où justement une séparation physique avait été observée jusqu'à ce qu'Abū al-ʿĀṣ se convertisse. Notamment, lors des retrouvailles du couple à Médine, le Prophète avait d'ailleurs rappelé à sa fille qu'elle ne pouvait plus se donner à son mari à cause de la différence de religion.

Quant à l'argument qui prouve le maintien du lien matrimonial, c'est le fait que le Prophète avait permis à sa fille Zaynab de regagner son foyer conjugal sans avoir renouvelé le contrat de mariage avec les éléments qui le composent⁵¹. Dans ce cas, la conversion de l'homme fait office d'acceptation (*qabūl*) et l'attente de l'épouse fait office d'offre (*ijāb*)⁵².

En somme, le fait de considérer l'écoulement de la période de viduité comme la limite du lien matrimonial n'a pas été retenu dans la *fatwa* du CEFR, malgré l'avis majoritaire des savants⁵³. Les arguments avancés par les opposants ne semblent pas avoir convaincu la majorité de ses membres. A l'inverse, ceux d'Ibn Taymiyya se montrent plus convaincant. En effet, son analyse rationnelle et historique de la problématique alimente le débat. Voyons maintenant ses propos à ce sujet :

Première réfutation : la conversion ne peut entraîner la dissolution du mariage

« L'avis adopté par ceux qui croient que la conversion de l'un des deux conjoints polythéistes à l'islam entraîne leur séparation, que ce soit avant ou après la consommation du mariage, est, à vrai dire, très fragile. Parfois, contrairement à ce qui est notoirement transmis d'après la Charia, certains néophytes musulmans prononcent leur profession de foi avant les autres. Il arrive souvent qu'un homme embrasse l'islam avant sa femme

48 Ibn al-Qayyim AL-ĠAWZIYYA, *Aḥkām al-h al-dīmma*, Rumādī li al-našr, Dammam 1997, p. 650.

49 *Ibid.*, p. 662.

50 *Ibid.*, p. 650.

51 Tels que la dot et les témoins.

52 L'offre et l'acceptation constituent les piliers du contrat du mariage. Muṣtafā AL-ZARQĀ et al., *Al-Mawsūʿa al-fiqhiyya al-kuwaytiyya*, Wizāra al-awqāf, Koweït 2005, vol. 41, p. 233.

53 Ibn al Qudāma AL-MAQDISĪ, *Al-Muġnī*, Maktaba al-Qāhira, Le Caire 1968, vol. 7, p. 152.

et que celle-ci laisse écouler un certain laps de temps avant de se convertir. De même, beaucoup de femmes quoraïchites ont embrassé l'islam avant leur mari, comme Umm Sâlim qui s'est convertie avant son mari Abū Ṭalḥa. Parfois aussi, l'homme se convertit à l'islam avant sa femme qui, à son tour, se convertit tôt ou tard. Or, il ne faut pas dire qu'il s'agit de la période antérieure à l'interdiction aux musulmans de faire alliance avec les polythéistes pour deux raisons, dont la première est que si ceci est pris en considération, celui qui prétend que cela est abrogé devra fournir une preuve. Quant à la seconde, les gens se sont convertis à l'islam et sont entrés en foule dans la religion de Dieu, après la révélation de l'interdiction de l'union avec les femmes polythéistes ou de l'attachement au lien conjugal déjà contracté avec elles. »⁵⁴

Deuxième réfutation : l'écoulement de la période de viduité n'entraîne pas non plus la dissolution.

Il dit : « Il est bien évident que l'homme ou la femme peut prononcer la profession de foi avant son conjoint. Ils n'ont dit à personne qu'il fallait absolument que les deux époux prononcent la profession de foi exactement en même temps, de peur que leur mariage ne soit dissolu. Ils n'ont pas fait de différence entre celui qui avait déjà consommé son mariage avec sa femme et celui qui ne l'avait pas encore consommé. Ils n'ont pas non plus exigé l'écoulement de trois périodes de menstrues ; autrement dit, ils n'ont pas pris en considération la période de viduité préalable à la dissolution du mariage. »⁵⁵

Selon cette opinion, l'ensemble des *hadith* qui ont été relatés à ce sujet montre que le texte coranique qui dit : « **elles ne sont plus licites pour eux ni eux licites pour elles** »⁵⁶ n'implique pas une dissolution du mariage, ni au moment de la conversion ni après l'écoulement de la période de viduité. Il informe plutôt l'interdiction de contracter un mariage entre une musulmane et un non musulman.

Quant à l'avis de la majorité des savants, qui limite la conversion de l'homme à la période de viduité, il n'a pas été retenu par manque d'arguments solides. L'absence de texte décisif et de consensus des compagnons à ce sujet laisse le débat ouvert à la discussion.

Dans les récits de Zaynab, d'Umm Faḍl la femme d'Al-'Abbās, d'Umm Ḥakīm b. al-Ḥārīṭ et des femmes des gens libérés *ṭulaqā'*⁵⁷, les couples n'ont pas été dis-

54 Ibn al-Qayyim AL-ĠAWZIYYA, *op.cit.*, p. 689.

55 *Ibid.*, p. 693.

56 Coran, s. 60, v. 10.

57 *Tulaqā'* : Ce sont les personnes converties à l'islam le jour de la conquête de la Mecque et auxquelles le Prophète a accordé une grâce en leur disant : « Partez, vous êtes libres. »

sous. En effet, elles avaient toutes embrassé l'islam avant leurs maris et à aucun moment le Prophète ne leur a imposé la séparation. Pourtant la conversion des maris avait eu lieu après la période de viduité.

Au contraire, des compagnons tels que 'Alī b. Abī Tālib donnaient des *fatwa(s)* pour dire que l'épouse convertie à l'islam devait rejoindre son domicile conjugal, même après l'écoulement d'une longue période⁵⁸.

4. LA POSITION DU CEFR FACE AU CONSENSUS PRÉTENDU

Les *mujtahid* partisans des écoles sont parvenus à la conclusion que la séparation relevait d'un consensus⁵⁹ et qu'il n'était donc plus possible à une femme, une fois convertie à l'islam, de rester en couple après sa période de viduité. Un autre point mérite également d'être soulevé, c'est le fait de savoir si un consensus peut-être établi après une divergence.

Ce sujet a été traité dans la quasi-totalité des ouvrages de référence *d'uṣūl al-fiqh*. Pour certains *uṣūlī*⁶⁰, il n'est plus possible d'aller à l'encontre d'un consensus, même s'il est établi après une divergence⁶¹. Ils pensent que la diversité d'opinion est due à la non-consolidation de l'avis juridique, et que le consensus viendrait justement pour trancher et écarter l'ambiguïté pour ne laisser place qu'à un seul avis.

L'approche du CEFR ne semble pas s'aligner sur cette hypothèse. Les diverses opinions qui ont été relatées à travers les recherches laissent paraître qu'il est tout à fait possible de se référer aux avis antérieurs au consensus⁶². Il a été avancé comme argument qu'une opinion ne disparaît pas avec la disparition des personnes qui la profèrent, ce qui implique la pérennité de la divergence. Quant au *hadith* qui af-

58 Ibn al-Qayyim AL-ĠAWZIYYA, *op.cit.*, p.693. Abū Muḥammad IBN ḤAZM, *Al-Muḥallā bi al-āḡār*, Beyrouth, Dār al-fikr, vol. 5, p. 371. La formulation de la *fatwā* est la suivante : « *il possède plus de droit sur le contrat de mariage, tant qu'elle se retrouve en terre d'émigration.* »

59 Šālih 'Abd al-Raḥmān AL-ZUBAYR, *op.cit.*, pp. 235 - 236.

60 Selon le Dr. 'Iyāḡ al-Sulamī (directeur des recherches sur la jurisprudence contemporaine à Riyad), c'est l'avis de la majorité. Quant à Al-Rāzī dans son *maḡṣūl*, il relate ceci : « *Lorsque les savants d'une époque s'accordent sur l'un des deux avis des savants de l'époque précédente, ceci est considéré comme étant un consensus et il n'est pas autorisé d'aller à son encontre, contrairement à l'avis d'une multitude de théologiens et de jurisconsultes de l'école chaféite et hanafite.* » Faḡr al-Dīn AL-RĀZĪ, *Al-Maḡṣūl*, Mu'assasa al-risāla, 3^{ème} éd., Beyrouth 1997, vol. 4, p.138.

61 *Ibid.*, p. 275.

62 C'est l'avis notamment de plusieurs autres théologiens, dont Ibn al-Baqillānī, Taqī al-Dīn Aḡmad IBN TAYMIYYA et al. *Al-Muswadda*, Beyrouth, Dār al-kitāb al-'arabī, 1981, p. 291. Voir aussi 'Iyāḡ AL-SULAMĪ, *Uṣūl al-fiqh al-laḡī lā yasa' al-faḡīḡ ḡāhlahu*, Dār al-tadmuriyya, Riyad 2005, pp. 138 - 139.

firme l'infaillibilité du consensus de la communauté, il n'est pas pris en considération dans ce cas de figure, puisque la divergence existait à l'origine de la question, en l'occurrence à l'époque des compagnons⁶³.

4.1. L'influence de la conséquence sur la *fatwa*

Un autre point pertinent qui a influencé l'adoption d'un tel choix juridique est la conséquence que peut engendrer la séparation. Le CEFR reprend la remarque d'Ibn al-Qayyim qui pense qu'une séparation précoce peut provoquer un éloignement vis-à-vis de la religion⁶⁴. Cela s'explique par la volonté de l'épouse de vouloir rester dans le giron familial parce qu'elle entretient de très bonnes relations avec son mari et qu'un amour est partagé réciproquement. Si les personnes désireuses de se convertir à l'islam savent qu'elles vont être séparées de leur époux et que ceci pourra engendrer des répercussions néfastes sur la psychologie des enfants, elles risqueraient de renoncer à leur conversion.

Puisqu'il n'y a pas de texte décisif et ni de consensus de premier degré⁶⁵ à ce sujet, la problématique sera également étudiée sous l'angle des sources subsidiaires de l'islam qui prennent en compte les conséquences des actes.

Dans son analyse sur l'*ijtihād*, l'imam Al-Šāṭibī aborde cette question en disant :

« La prise en considération des conséquences des actes est reconnue et visée par le législateur, que ces actes soient en conformité ou opposés (à la *Charia*)⁶⁶. Le *mujtahid* ne peut juger par l'accomplissement ou le délaissement d'un des actes par la personne responsable qu'après avoir examiné les aboutissements de cet acte. (L'acte) pourrait être justifié par un intérêt *mašlahā* à réaliser ou par une corruption (*maf-sada*) à conjurer, mais il pourrait avoir une conséquence contraire à l'intention qui a présidé à son accomplissement. De même, il pourrait être illégal (à l'origine) pour la corruption qu'il génère ou l'intérêt qu'il entrave ; mais malgré cela, la conséquence peut aller à son encontre, pour au final le rendre légal. Si on peut qualifier l'état originel de légitime, toutefois il peut engendrer un mal égal ou plus conséquent, ce qui empêcherait de lui employer le terme légitime. De même, si l'on taxe le second cas d'illégitime, il se peut qu'il conduise à un mal égal ou plus important et dans ce

63 *Ibid.*, p. 139.

64 Ibn al-Qayyim AL-ĠAWZIYYA, *op.cit.*, p. 695.

65 En l'occurrence, le consensus des compagnons qui a la force probante.

66 C'est-à-dire qu'elle englobe tous les actes légiférés, entre ceux qui sont permis et ceux qui sont interdits. Abū Ishāq AL-ŠĀṬIBĪ, *El-Muvafakat : Islāmi İlimler Metodolojisi*, 3^{ème} éd., traduit de l'arabe par Mehmet ERDOĖAN, Istanbul, İz yayıncılık, 2003, vol. 4, p. 194.

cas aussi, on ne pourra pas parler d'illégitimité de manière absolue. Il s'agit là d'un domaine qui est difficile d'accès pour le mujtahid, mais qui cependant a son propre goût et sa louange de par le contenu qu'il comporte de vouloir préserver les finalités de la Charia »⁶⁷.

Pour que l'avis juridique puisse être en harmonie avec les finalités de la Charia, il devra donc obéir à deux prémisses :

- Se référer aux préceptes de la Charia qui ont été déduits à partir des textes.
- Réaliser ce qui a été visé à travers les prescriptions, ce qui relève de l'*ijtihād*.

Il est donc du devoir du mufti d'investiguer au niveau des conséquences prévisibles pour s'assurer que l'intérêt sera réalisé et le mal conjuré. Par contre, c'est ce que la Charia a considéré comme *mašlahā* ou *mafsada* qui sera pris en considération⁶⁸ et non la perception humaine seule, car celle-ci peut bien juger un acte comme étant un intérêt alors qu'au regard de la Charia, il ne l'est peut être pas. Les deux conceptions ne concordent pas forcément puisque la Charia intègre une autre dimension qui est relative à l'extension de l'intérêt dans l'au-delà.

D'autre part, le fait que la raison ignore l'intérêt de certaines lois ne signifie pas d'un autre côté l'absence totale d'une sagesse⁶⁹ qui n'a pas su être appréhendée. L'intérêt doit donc être pris en compte avec cette double dimension qui intègre également le bonheur dans l'au-delà⁷⁰. C'est pourquoi la prescription du jeûne⁷¹ peut paraître comme contraignante au corps humain, notamment en période d'été sous une chaleur ardente, mais en dépit de cela, Dieu rappelle qu'il réserve une récompense et un accès au paradis par une porte qui lui est exclusif. L'intérêt partiel ne peut donc être suffisant pour intégrer la sphère définie par la Charia, comme c'est le cas dans l'interdiction du vin et des jeux de hasard, pourtant Dieu dit qu'ils sont de « **certaines utilités pour les hommes** »⁷². Il ne faut donc pas se fier aux quelques utilités qu'ils apportent, mais plutôt aux dommages qu'ils engendrent, qui peuvent être d'une ampleur plus importante.

Les savants musulmans ont donc développé des concepts qui servent également de procédé argumentatif qui visent à veiller aux impacts et aux conséquences

67 *Ibid.*, vol. 4., p. 194.

68 Aymān Ġibrīn ĠUWAYLIS, *Tahṣīṣ al-naṣ bi al-mašlahā*, Mémoire de master, droit musulman, Naplouse, Université Al-Nağāh, 2003, p. 69.

69 Muḥammad Amīn AMĪR BĀDĪŠĀH, *Taysīr al-tahrīr*, Dār al-kutub al-‘ilmiyya, Beyrouth 1996, vol. 4, p. 58.

70 Šihāb al-Dīn AL-QARĀFĪ, *Al-furūq*, Dār al-kutub al-‘ilmiyya, Beyrouth 1998, vol. 2, p. 141.

71 Coran, s. 2, v. 183.

72 Coran, s. 2, v. 219.

que peuvent engendrer certaines normes ; on retrouve parmi eux : l'obstruction au moyen qui mène à l'interdit (*sad al-darī'a*)⁷³, l'équité ou le choix préférentiel (*istihsān*), la circonvention (*al-tahayyul*)⁷⁴ ou encore la considération de la divergence (*murā'a al-ḥilāf*)⁷⁵.

4.2. Les preuves scripturaires de la considération conséquentielle

Le Coran :

« La loi du talion constitue pour vous **une garantie de vie**, ô gens doués d'intelligence. Peut-être finirez-vous ainsi par craindre Dieu. »⁷⁶.

« Sachez qu'il vous est permis d'épouser en dehors d'elles, parmi les femmes de votre choix, deux, trois ou quatre épouses. **Mais si vous craignez encore de manquer d'équité à l'égard de ces épouses, n'en prenez alors qu'une seule**, libre ou choisie parmi vos esclaves. C'est pour vous le moyen d'être aussi équitables que possible. »⁷⁷

« N'insultez pas ceux qui invoquent d'autres divinités que Dieu, **car ils seraient tentés, dans leur ignorance, d'insulter à leur tour Dieu, par esprit de vengeance.** »⁷⁸

La *Sunna* :

Nous pouvons évoquer la *hadith* de la personne qui avait uriné dans la mosquée : le Prophète avait ordonné à ses compagnons, qui voulaient l'en empêcher, de le laisser jusqu'à ce qu'il finisse. Il leur dit : « Laissez-le et ne l'interrompez pas ! »⁷⁹ dans le but d'alléger les conséquences qui auront pu être plus pénibles en risquant de souiller les vêtements en plus du sol, ce qui l'aurait affecté corporellement⁸⁰. Dans ce cas, la préséance a été donnée à l'acte plutôt qu'à son empêchement, afin d'éviter une souillure complémentaire.

73 Dans certains cas, le procédé sera inversé : on autorisera certains moyens interdits à l'origine pour préserver la finalité (*fath al-darī'a*). Il est considéré comme une source autonome chez les malikites et hanbalites. 'Abdallāh AL-ĠUDAY', *Taysīr 'ilm uṣūl al-fiqh*, Mu'assasa al-rayyān, Beyrouth 1997, p. 207.

74 C'est en quelque sorte un stratagème qui permet d'obtenir un résultat que l'on n'aurait pas pu atteindre par voie directe et sans commettre des actes illégaux. La circonvention a pour but de conforter et respecter la philosophie de la loi, sans pour autant la modifier. 'Abd al-Raḥmān AL-SANŪSĪ, *'Itibār al-ma'ālāt*, Dār Ibn al-Ġawzī, Riyad 2003, p. 275. Exemple d'application : il sera interdit de faire le don d'un bien, si la personne cherche à contourner le paiement de la *zakāt*.

75 Procédé admis par la majorité des écoles juridiques, 'Abd al-Raḥmān AL-SANŪSĪ, *op.cit.*, p. 323.

76 Coran, s. 2, v. 179.

77 Coran, s. 4, v. 3.

78 Coran, s.6, v.108.

79 AL-BUḤĀRĪ, *Al-Ṣaḥīḥ*, n° 221.

80 Taqī al-Dīn IBN DAQĪQ AL-ĪD, *Iḥkām al-aḥkām*, Mu'assasa al-risāla, Beyrouth 2005, p. 122.

Autre récit :

Il concerne un incident qui eut lieu lors de l'expédition des Banū al-Muṣṭaliq, où certains hypocrites trouvèrent l'occasion de répandre l'esprit tribal et de semer la discorde dans les rangs des musulmans. Le compagnon Ġābir b. 'Abdullāh, un témoin oculaire raconte ce qui se passa près du puits d'*al-Muraysī* :

« Nous étions en expédition avec le Prophète quand un homme parmi les muhāğirūn⁸¹ donna un coup de pied au derrière d'un anṣār⁸². Aussitôt, ce dernier s'écria (pour réclamer de l'aide) : « Ô les anṣār ! » et l'autre s'écria également : « Ô les muhāğirīn ! ». Le Prophète fit la remarque suivante : « Qu'est-ce que c'est que cet appel jahilite⁸³? » Ils répondirent : « Ô Messager de Dieu, un homme des muhāğirūn a donné un coup de pied au derrière d'un anṣār ». « Laissez ces manières, elles sont ignobles », rétorqua le Prophète. À l'écoute de ces événements, 'Abdullāh b. 'Ubay dit : « Ils ont agi de la sorte ? Je jure au nom de Dieu que si jamais nous retournons à Médine, le plus puissant en expulsera sûrement le plus faible »⁸⁴. Dès lors 'Umar réagit et dit : « ô Messager de Dieu, laisse-moi abattre cet hypocrite ». « Non, laisse-le pour que les gens ne disent pas que Muḥammad tue les siens », dit le Prophète. »⁸⁵

Pourtant l'abjuration après la foi et la volonté de pervertir les musulmans étaient des actes qui rendaient légitime la sanction. Mais le Prophète en décida autrement, il décida de ne pas appliquer la peine de mort pour des raisons conséquentielles qu'il jugeait prémonitoires. Il craignait que cela engendre un mal plus important, comme l'éloignement de la foi des autres. La préséance était donc donnée à la foi qu'à la peine.

Concernant notre problématique, nous sommes également confrontés à une situation similaire à la précédente, qui oppose deux règles. Il faudra opter pour le moindre mal, comme il a été stipulé dans le précepte juridique :

« Un dommage grave doit être réparé par un dommage moins grave. »⁸⁶

La mesure des risques potentiels est un principe fondamental dans l'application de la *maṣlaḥa*⁸⁷.

81 Les exilés de la Mecque

82 Auxiliaire (de la ville de Médine)

83 Coutume préislamique

84 C'est également un passage coranique, sourate « les hypocrites » (n° 63) verset 8.

85 MUSLIM, *Al-Ṣaḥīḥ*, n° 2584 -63 .

86 'Alī ḤAYDAR, *Durar al-ḥukkām sharḥ mağalla al-aḥkām*, Dār 'ālam al-kutub, Riyad 2003, p. 40. Voir aussi Muṣṭafā AL-ZARQĀ, *Sharḥ al-qawā'id al-fiqhiyya*, Dār al-qalam, Beyrouth 1989, p. 199.

87 Selon Majid KHADDURI, l'imam Mālik serait le premier juriste à juger directement en se fondant sur la

Si l'on suppose que le verset interdisant le mariage d'une musulmane à un non-musulman est absolu et qu'il englobe également notre cas étudié, il faudra alors trancher entre l'interdiction qui implique le péché et les conséquences de l'abjuration qui affecte la foi.

C'est la raison pour laquelle le Conseil va prendre en considération cet aspect, pour donner la préséance à la préservation de la foi et autoriser la femme nouvellement convertie à l'islam de rester en couple.

5. LE PRINCIPE DE *L'ISTIḤSĀN*⁸⁸

Cette question peut également être abordée sous l'angle de *l'ih̥tisān* qui est une preuve dérivée de la Charia. Le procédé consiste à renoncer ou à restreindre un *dalīl*⁸⁹ pour un autre qui lui soit prépondérant dans la situation concernée. Si la restriction est motivée par une *maṣlaḥa*, comme le fait Mālik⁹⁰, c'est parce que son genre est attesté par les textes de l'islam. Ce n'est donc ni un procédé d'*ijtihād* libre qui prône une opinion personnelle ni le fait d'instituer une règle selon ses propres désirs⁹¹.

maṣlaḥa par l'intermédiaire de *l'istiṣlāḥ*. Quant à Al-Ṭūfī, le juriste hanbalite, il va plus loin dans l'usage de la *maṣlaḥa*, il l'étend à tous les cas d'intérêt public. La *maṣlaḥa* constitue donc pour lui une source indépendante du droit musulman qui mérite la primauté en cas de contradiction avec les sources primaires. Voir Majid KHADDURI, « Maṣlaḥa », dans *Encyclopédie de l'Islam*, Brill Online, 2016, Reference Bibliothèque Diderot de Lyon - ENS de Lyon, disponible sur : < http://referenceworks.brillonline.com/entries/encyclopedia-de-l-islam/maslaha-SIM_5019 > (consulté le 18/05/2014).

- 88 C'est un concept et une preuve subsidiaire du droit musulman admis par la majorité des savants. La controverse tourne autour de son appellation et non du concept en lui-même. 'Abd al-Karīm AL-NAMLA, *Al-Muḥaḍḍab fī 'ilm uṣūl al-fiqh al-muqāran*, Maktaba al-ruṣd, Riyad 1999, vol. 3, p. 994.
- 89 Dans le procédé de *l'ih̥tisān*, l'abandon de la preuve concerne plutôt le raisonnement analogique évident *qiyās al-ḡalī*, lorsque l'intérêt général l'exige. Sa'd al-Dīn AL-TAFTĀZĀNĪ, *Ṣarḥ al-talwīḥ 'alā al-tawḍīḥ*, Dār al-kutub al-'ilmiyya, Beyrouth 1996, vol. 2, p. 171. 171. La légitimité du renoncement au *qiyās* peut être motivée par un autre texte, par le consensus ou encore par la nécessité. 'Ālā al-Dīn AL-BUḤĀRĪ AL-ḤANAFĪ, Beyrouth, Dār al-kutub al-'islāmī, s.d., vol. 4, p. 2. Restriction de la norme générale Sayf al-Dīn AL-ĀMIDĪ, *Al-Iḥkām fī uṣūl al-aḥkām*, Al-maktaba al-islāmiyya, Beyrouth 1981, vol. 4, p. 158.
- 90 En effet, la restriction peut être différente d'un savant à un autre, le point commun serait d'observer les conséquences du jugement. Abū Ishāq AL-ṢĀṬIBĪ, *Al-Muwāfaqāt*, Dār ibn 'Affān, Le Caire 1997, vol. 5, p. 197. Malik par exemple préférerait la *maṣlaḥa* partielle ou individuelle à la preuve générale. Abū Ishāq AL-ṢĀṬIBĪ, *op.cit.*, vol. 5, p. 193. Tout en respectant l'ordre du degré de la *maṣlaḥa*. Celle qui est de l'ordre de la nécessité devancera celle du besoin, et ce dernier devancera celle des améliorations. Abū Ishāq AL-ṢĀṬIBĪ, *op.cit.*, vol. 5, p. 194. Il s'agit bien d'œuvrer avec la preuve prépondérante. Quant à la *maṣlaḥa* détachée (*mursala*), Malik la prenait également en considération si son genre (*ḡins*) était vérifiable par les principes de la charia de manière certaine (*qaṭ'ī*).
- 91 C'est bien ce genre d'*istiḥsān* que l'imam Al-Ṣāfi' s'est farouchement opposé. Il a même écrit un livre à ce sujet qui s'intitule : « Invalidation de *l'istiḥsān* ». Une phrase illustre parfaitement son positionnement à ce sujet : « *Celui qui fait l'istiḥsān fait œuvre de législateur* ». Badr al-Dīn AL-ZARKAṢĪ, *Baḥr al-muḥīṭ*,

Même si le texte, en principe, promeut l'intérêt des individus, certains cas ne peuvent être ramenés à la règle qu'il implique, puisqu'il entraîne la perte de la *maṣlaḥa*. On s'abstient de la portée générale du texte pour la restreindre⁹² et lui donner un autre jugement régi également par d'autres règles de la Charia. Ce travail de restriction n'implique pas un changement de la loi en soi dans le contexte où elle a été établie, ce qui le différencie donc de l'abrogation qui est un droit réservé uniquement au Législateur. C'est plutôt une démarche interprétative offerte par l'énoncé du texte⁹³.

Par ailleurs, le Conseil remarque que la *maṣlaḥa*, ici, concerne une des *darūriyyāt* (nécessités) de la Charia qui constituent par en soi une base pour des décisions juridiques et qu'aucun recours à une référence textuelle précise n'est requis.

Les démarches argumentatives qui ont été avancées par le Conseil sont assez pertinentes. Cependant l'emploi de la *maṣlaḥa* dans cette question mérite plus d'investigations sur la réalité du terrain. En effet, la présomption ne peut être suffisante pour appliquer la restriction sur le texte coranique. Surtout que les versets⁹⁴ contiennent déjà des termes restrictifs qui viennent apporter des précisions sur les personnes qui ne sont pas licites au mariage. Il ne reste que le cas de la nécessité, ou celui du besoin collectif qui pourra dans une certaine mesure faire exception à l'interdiction, si les dommages provoqués sont plus importants.

L'absence de travaux prouvant les préjudices de la séparation peut remettre en cause la valeur juridique de cette *fatwa*, qui apparemment, a été généralisée pour l'Europe. En effet, les recherches qui ont été réalisées par les membres du Conseil n'abordent pas avec précision ce point. Il serait plus judicieux de l'appliquer au cas par cas, après un examen de la situation pour définir où se retrouve la *maṣlaḥa*.

Il est donc probable que les narrations qui sont attribuées à 'Umar b. al-Kaṭṭāb⁹⁵ et 'Alī b. Abū Ṭālib relèvent de l'exception⁹⁶. Il était sans doute préférable, dans leurs cas, de ne pas séparer les femmes de leurs maris, dans l'espoir que ces

Dār kutubī, Le Caire 1994, vol. 8, p. 96. Quant à Al-Ġazālī, une figure de l'école chaféite, il admet sa valeur juridique. Abū Hāmīd AL-ĠAZĀLĪ, *Al-Mustaṣfā*, Dār al-kutub al-'ilmiyya, Beyrouth 1993, p. 172.

92 *Tahṣīs al-naṣ* : restriction du texte, par le fait d'établir une subdivision dans la prescription.

93 Aymān Ġibrīn ĠUWAYLIS, *op.cit.*, p. 68.

94 Coran, s. 60, v. 10 et s. 2, v. 221.

95 En l'occurrence, 'Umar a écrit à un homme dont les quatre épouses s'étaient converties à l'islam, pour lui dire qu'elles pouvaient rester auprès de lui. IBN ABĪ ŠAYBA, *Muṣannaḥ*, n° 18312.

96 Il y a une forte probabilité que 'Umar n'ait pas rendu systématiquement le même jugement. Effectivement les récits mentionnent qu'il aurait parfois laissé le choix et parfois ordonné la séparation. IBN ABĪ ŠAYBA, *Muṣannaḥ*, n° 18303.

derniers puissent embrasser l'islam à travers le caractère noble qu'inculque cette religion. C'est pourquoi les savants hanafites supposent que la cause (*sabab*) de la séparation n'est pas la simple conversion, mais plutôt le renoncement à l'islam de la part du mari, pendant la période de viduité⁹⁷. On peut constater ici, que la *'idda* renferme d'autres sagesses que la raison ne peut appréhender qu'après réflexion.

97 Šams al-A'imma AL-SARAḤSĪ, *Al-Mabsūṭ*, Dār al-ma'rifa, Beyrouth 1993, vol. 4, p. 227.

FIKİH AÇISINDAN KARŞI CİNSE DOKUNMANIN ABDESTE ETKİSİ

Prof. Dr. Sahip BEROJE*

Özet: Bu çalışmada karşı cinse dokunmanın abdesti bozup bozmayacağı meselesi ele alınmıştır. Önce mezheplerin mesele ile ilgili görüşleri verilmiş, akabinde her mezhebin dayandığı deliller serdedilmiştir. Bu kısımda mezheplerin ayette geçen dokunma (mülâme) lafzını nasıl anladıkları üzerinde durulmuş, mezheplerin hangi hadisleri ve sahabe görüşlerini kendilerine delil yaptıkları mukayeseli bir şekilde işlenmeye çalışılmıştır. Çalışmada, kadına dokunmanın abdesti bozmayacağı ile ilgili rivayetlerin sıhhati üzerinde özellikle durulmuş, hadis münekkitlerinin değerlendirmeleri verilmiştir. Değerlendirme kısmında ilgili rivayetlerin sıhhati ve mezheplerin görüşleri hakkındaki düşünce ve tahlillerimize yer verilmiştir. Sonuç bölümünde ise meselenin şer'î hükmü hakkında bizde oluşan fikhî kanaatlerimiz serdedilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Abdest, ayet, dokunma, rivâyet, ihtilaf, mezhep.

The Effect of Touching the Opposite Gender on Oblution within the Context of Fiqh

Abstract: In this study, it is discussed the issue that touching the opposite gender is against the ablution. First, the sects were given views on the issue, and then the evidence on which every sect was based was revealed. In this section, it was emphasized how the sects understood the tangible sentence and tried to be processed in a comparative way as to which hadiths and hadiths the sects made evidence for themselves. In the study, especially the emphasis on the truth of the narrations about touching the woman not to disturb the ablution was given and the evaluations of the hadith verbs were given. In the appraisal section, we have our thoughts and testimonies about the truths of the narrations and views of the sects. In the conclusion section, we have tried to prevent our legal opinions about our verdicts.

Keywords: Ablution, verse, touch, religion, dispute, denomination.

GİRİŞ

Fer'î fıkıh meselelerin birçoğunda fukahânın ihtilaf ettiği bilinen bir husustur. Birçok etkenden dolayı fikhî meselelerde ihtilaf çoğunlukla kaçınılmaz bir olgudur. İhtilaf edilen konulardan biri de karşı cinse dokunmanın abdesti bozup bozmayacağı meselesidir. Bazı mezhepler sadece namahrem (şer'an kendisiyle evlenilmesi caiz olan) cinse dokunmanın abdesti bozacağını; bazı mezhepler mahreme (kendisiyle evlenilmesi haram kılınmış) dokunmanın da abdesti boza-

* Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, sberoje@yahoo.com

çağını; bazıları ise karşı cinse dokunmanın abdesti bozmayacağı görüşündedirler. Bu ihtilafın sebebi, tarafların görüşlerini destekleyecek nass (ayet ve hadisler) ve uygulamaların bulunması ve bunların farklı şekilde anlaşılmaya müsait olmasıdır. Bu çalışmada amaç, tarafların görüş ve delillerini mukayeseli bir şekilde verip değerlendirmeye tabi tutmak ve bir sonuca varmaktır.

MEZHEPLERİN MESELE İLE İLGİLİ GÖRÜŞLERİ

Konunun detaylarına geçmeden önce mezheplerin mesele ile ilgili görüşlerini yalın olarak vermekte fayda vardır.

Hanefilerin Görüşü: Hanefilere göre kendisine nikâh düşen kadına dokunmak, yani öpmek, okşamak, sarılmak ve kucaklamak abdesti bozmaz. Ancak aşırı mübaşeret (*el-mübaşeretü'l-fâhişe*) abdesti bozar. Aşırı mübaşeret, kadınla erkeğin çıplak olarak ferclerinin de bir birlerine değecek şekilde sarılmaları olarak tarif edilmiştir. İmam Muhammed, bu durumda bile kişiden mezi¹ çıkmadıkça abdestin bozulmayacağı görüşündedir. Ancak Hanefi uleması mübaşeret halinde mezinin gelmesinin gâlib-i hal olduğunu, ihtiyat gereken durumlarda gâlib-i halin gerçekleşmiş gibi kabul edileceğini, dolayısı ile mezinin gelip gelmemesine bakılmaksızın abdestin bozulacağını savunmuşlardır.² Kâsânî, İmam Muhammed'in görüşünün kıyasa uygun olduğunu, Ebû Hanife ve Ebû Yûsuf'un ise istihsana göre hükmettiklerini ifade eder.³ Kâsânî, istihsana uygun görüşün isabetli olduğuna kanidir. Çünkü şeriatta, özellikle ihtiyat gereken durumlarda sebebin müsebbeb yerine ikame edildiği bilinen bir gerçektir. Bunun benzeri bir durum, yatarak uyuyanın abdestinin bozulduğunun kabul edilmesidir.⁴ Bilindiği gibi abdesti bozan bizzat uyku değildir, uyuyan kişiden abdest bozacak bir fiilin hâsıl olmasıdır. Uyuyan kişiden böyle bir fiilin vukuû gâlib-i hal olduğu için, yatarak uyumanın abdesti bozduğu mutlak olarak kabul edilmiştir. Başka bir ifade ile sebep müsebbeb yerine ikame edilmiştir.

1 Mezi, ergen insanın tenasül uzvunun intişar etmesiyle akan saydam ve kıvamlı sıvıya denir. Abdesti bozar ama kişiyi cünüp etmez.

2 İbnü'l-Hümmam, Kemaluddin Muhammed b. Abdulvahid es-Sivasi, (ö. 681/1282), *Fethü'l-Kadîr*, Dâru'l-Fıkr, Beyrut ts., I, 54. İbnü'l-Hümmam, iki erkek arasında da olsa aşırı mübaşeretin abdesti bozacağını; ancak aşırı mübaşeret yoksa ferc dâhil şehvetle dokunmanın abdesti bozmayacağı görüşündedir. *age.*, ay.

3 Kâsânî, Alauddin Ebû Bekr b. Mes'ud, (ö. 587/1191), *Bedâiu's-senâi'*, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut ts., I, 29. Kâsânî, Zahiru'r-Rivaye'ye göre Ebû Hanife ve Ebû Yûsuf'un, abdestin bozulması için ferclerin biri birine değmesini şart koşmadıklarını, Nadiru'r-Rivaye göre ise şart koştuklarını aktarmaktadır. Kerhi ikinci görüşü tercih etmiştir. Kâsânî, *Bedâi'*, I, 30.

4 Kâsânî, *Bedâi'*, I, 30. Kâsânî, *dokunma ister şehvetle olsun ister şehvetsiz olsun, ister ferce ister diğer organlara dokunsa kişinin tenasül uzvu intişar etmedikçe abdest bozulmaz*, der. *age.*, I, 30.

Mâlikilerin Görüşü: Mâlikilere göre kişi şehvet ve zevk için kadına dokunursa abdesti bozulur, eğer zevk almak amacı yoksa abdest bozulmaz. Mâlikiler, şehvet ve lezzeti esas aldıkları için onlara göre kadının üzerinde ince bir elbise de olsa lezzet amacıyla dokunma abdesti bozar.⁵ Mâlikilere göre hem dokunanın hem de dokunulananın abdesti bozulur. Onlara göre keyif ve lezzet için olursa saç ve tırnağa dokunmak da abdesti bozar.⁶

İbn Hazm, Mâlikilerin bozulmayı şehvet ve lezzet alma şartına bağlamalarının ne Kur'an'dan ne sahih veya zayıf sünnetten ne sahabe kavlinden ne de kıyas-tan hiçbir delillerinin bulunmadığını, hatta ihtiyatla da bir alakasının olmadığını ileri sürmektedir.⁷ Bir Mâliki olan İbn Rüşd de, sahabeden lezzet şartını ileri süren birini bilmediğini ifade etmektedir.⁸ Bilindiği gibi nasları makâsîd-ı şerîa (hükümün konuluş gayesi) esasına göre yorumlama sonradan ortaya çıkmış ve gelişmiş bir ta'lil şeklindedir. Bu yöntemin Mâliki Mezhebinin mümeyyiz vasfı olduğu da bilinen bir husustur. Esasen yöntemin kendisinin verimli bir istinbat şekli olduğundan şüphe yoktur. Ancak Mâlikilerin mahza taabbudî olan bu meselenin hükümünü tamamıyla hükümün konuluş gayesine bina etmeleri bizce de tartışılabilir niteliktedir. Bununla ilgili kanaatimizi değerlendirme kısmında vereceğiz.

Şâfiilerin Görüşü: Şâfiilere göre dokunmak her halükârda abdesti bozar. Buna göre ister kasıtlı olsun ister kasıtsız olsun, ister zevk ve şehvet amacıyla olsun ister başka bir amaca binaen olsun kişi nikâhının düştüğü bir kadının çıplak tenine dokunduğunda abdesti bozulur. Bu hallerde hem dokunanın abdesti bozulur hem de dokunulananın abdesti bozulur.⁹ Burada dokunan veya dokunulananın piri fani olması, erkekliğinin bulunmaması, şehvetten kesilmiş olması, temyiz çağında çocuk olması veya hünsa müşkil¹⁰ olması arasında fark olmadığı gibi,¹¹ dokunma-

5 İbn Cüzeyy, Ebû'l-Kasım Muhammed b. Ahmed, (ö.741/1341), *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, (thk. ve thc. Abdullah Mişavî), Dâru'l-Hadis, Kahire 2005, s. 23; İbn Rüşd, Muhammed b. Ahmed b. Muhammed, (ö.595/1199), *Bidâyetü'l-müctehid*, Daru'l-Kahraman, İstanbul 1985, I, 29. İbn Kudâme el-Makdisî, Ebu'l-Ferec Abdurrahman b. Ömer, (ö. 682/1283), *eş-Şerhu'l-Kebîr*, Beyrut ts., I, 186.

6 İbn Abdilberr, Ebû Ömer Yusuf b. Abdillâh en-Nemirî, (ö. 463/1071), *el-İstizkâr*, (thk. Abdulmutî' Emin Kalâci), Mektebetü's-Sikafiyye/Daru'l-Va'y, Kahire/Şam, 1993, III, 56.

7 İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed, (ö. 456/1064), *el-Muhallâ bi'l-âsar*, Beytü'l-Efkari'l-Devliyye, Amman/Riyad 2003, I, 136.

8 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, I, 29.

9 Şirâzî, Ebû İshak İbrahim b. Ali, (ö. 472/1079), *el-Mühezzeb*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 2003, I, 87-8; Şirbînî, Muhammed el-Hatib, (ö. 977/1570), *Muğni'l-muhtâc*, İstanbul 1958, I, 34-5. Esasen Şâfiî Mezhebinde kişinin mahremi olan kişiye veya küçük çocuğa dokunmasının da abdesti bozacağı görüşünde olanlar vardır, ancak Mezhepte bu görüş zayıf kabul edilmiştir. Bkz., Şirâzî., *age.*, I, 89.

10 Çift cinsiyetli insanlar için kullanılan bir tabirdir.

11 Bkz., Şâfiî, Muhammed b. İdris (ö. 204/819), *el-Ümm*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1988, I, 15; Nevevî, Ebû Zekeriyâ Muhyiddin Yahya b. Şeref (ö. 676/1277), *el-Mecmû'*, (Thk Necib el-Mutî'), Mektebetü'l-İrşâd,

nın unutarak veya dışarıdan bir zorlama ile olması; dokunulunun şehvet uyandırıp uyandırmaması, dokunmanın el ile veya başka bir organ ile olması arasında da fark gözetilmemiştir. Zira Allah Teâlâ Âyet-i Kerîme'de böyle tahsisler yapmamıştır. Bu açıdan esas alınması gereken husus mutlak dokunma ve temastır. Bunlardan lezzet ya da şehvet hissedilmesi dikkate alınmaz.¹²

Furânî ve İmâmu'l-Harameynî'nin de içinde bulunduğu bir kısım Şâfiî fukâhasına göre sadece kasten dokunma abdesti bozar.¹³

Bununla beraber Şâfiîlerin cumhuruna göre saç, tırnağa ve dişe dokunmak abdesti bozmadır. Çünkü bunlara dokunmakla şehvet hâsıl olmaz. Oysa cilde dokunmak lezzet verir ve şehveti kabartır.¹⁴ Şâfiî'nin ifadeleri şöyledir: "Erkek, kadının sadece saçına dokunursa, ister şehvetle olsun ister şehvetsiz olsun ona abdest gerekmez; çünkü bu, ona iştahlanıp dokunmamak gibidir. Burada şehvetin bir anlamı yoktur, zira o kalptedir. Oysa mana (hüküm) fiile bağlanır, saç ise ciltten farklıdır."¹⁵

Mâliklerin aksine Şâfiî'ye göre, kadın veya erkeğin üzerinde ince, döküntü veya şeffaf bir elbise varken biri diğerine dokunursa hiç birinin abdesti bozulmaz. Çünkü ikisi de karşı cins değil onun elbisesine dokunmuştur.¹⁶ Şâfiîler, burada *lemsin* (dokunma) gerçekleşmediğini, çünkü elbiseye dokunmanın lems sayılmayacağını savunmaktadırlar. Şâfiî mezhebinin müfta bih görüşüne göre mahremi olan kişiye, kendisine şehvet duyulmayan küçük çocuğa ve piri faniye dokunmak da abdesti bozmadır.¹⁷

Hanbelilerin Görüşü: Ahmet b. Hanbelî'den bu konuda üç görüş rivayet edilmiştir. Bir görüşüne göre dokunmakla abdest bozulmaz, bir görüşüne göre bozulur, mezhepte fetvaya esas olan görüşüne göre ise eğer kişi şehvetle dokunursa abdesti bozulur.¹⁸ Hanbeli Mezhebinin görüşünü Muvaffakuddin İbn Kudâme'den akta-

Cidde, ts., II, 30; Ebû Bekr ed-Dîmeşkî, el-Huseynî'l-Husnâ, (ö. ?), *Kifâyetü'l-ahyâr*, (thk., A. Abdulhamit Baltacı ve diğ.), Daru'l-Hedy, Dîmeşk 1991, s. 38.

12 er-Remelî, Muhammed b. Ebi'l-Abbas b. Ahmed, (ö. 1004/1595), *Nihâyetü'l-muhtâc*, Daru'l-Fıkr, Beyrut 1989, I, 116.

13 Nevevî, *el-Mecmû'*, II, 29. İbn Süreyc ise şehvetle dokunmanın abdesti bozacağı kanaatinde. Nevevî, bu görüşlerin şaz ve zayıf olduğunu belirtir. Bkz., *age.*, ay., Sebebini değerlendirme kısmında açıklayacağımız üzere biz, kasten dokunmanın abdesti bozacağı şeklindeki görüşün tercihe şayan olduğu kanaatindeyiz.

14 Nevevî, *el-Mecmû'*, II, 30.

15 Şâfiî, *el-Ümm*, I, 16. Şâfiî bu ifadelerin devamında, "Bununla beraber eğer kadının saçına eliyle dokunmuşsa kişinin bu durumda abdest alması bana daha sevimli geliyor," ifadesini kullanmaktadır. Şâfiî, *el-Ümm*, I, 16.

16 Şâfiî, *el-Ümm*, I, 16. Mezhebin asli görüşü bu şekilde istikrar bulmuştur, Nevevî'nin ifadeleri de bunu teyit etmektedir. Bkz., Nevevî, *el-Mecmû'*, II, 29.

17 Şirâzî, *el-Mühezzeb*, I, 89. Ancak mezhepte ayetin umumi ifadesinden dolayı bunlara dokunmakla abdestin bozulacağı görüşünde olanlar da vardır. Şirâzî, *el-Mühezzeb*, I, 89. Piri fani konusunda ihtilaf vardır.

18 İbn Kudâme (Muvaffakuddin), Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed, (ö. 630/1233), *el-Mukni*, Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, ts., s. 16; İbn Kudâme, *el-Muğni*, Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut ts., I, 186.

ralım: Ona göre abdestin bozulması meselesinde asl olan şehvetle dokunup dokunmamaktır. Kadının namahrem olup olmaması veya yaşının büyük veya küçük olması arasında fark yoktur. İbn Kudâme, bu konudaki delillerinin, nassın umumu olduğunu ifade etmektedir. Çünkü ayette *en-Nisa (Kadınlar)* kelimesi amm olarak kullanılmış olup bir tahsis yapılmamıştır. Ancak abdesti bozan dokunma, şehvetle olan dokunmadır. Şehvet varsa kadınların hepsi aynıdır. Abdesti bozan dokunmanın abdest uzuvları ile sınırlandırılmayacağını, dolayısı ile kişi hangi uzvuyla dokunursa dokunsun şehvetle dokunmuşsa abdestinin bozulacağını özellikle vurgular. Akabinde, Evzâî'nin, *dokunma abdest uzvuyla olursa abdesti bozar, görüşünü; bizim bu konudaki delilimiz ayetin umumudur, delilsiz tahsis zorlamadır*, şeklinde eleştirir. Hanbelilere göre kadının saçına, tırnağına ve dişine dokunmak abdesti bozmadır. Çünkü bunlarla kadın aleyhine talak gerçekleşmez. Ayrıca bunlar (saç, diş, tırnak) kişinin ölümü veya kesilmekle necis olmazlar.¹⁹ Onlara göre bu iki durum, saç, diş ve tırnağın, bedeninin diğer kısımlarıyla aynı olmadığını göstermektedir. Mesela bir koca, hanımına; “*dişini boşadım*” dese, talâk tahakkuk etmez.

Hanbeliler ince elbise üzerinden kadına dokunmanın abdesti bozmayacağı görüşündedirler. Çünkü bu durumda kişi kadının cisminde dokunmadığından, bu onun elbisesine dokunmak gibidir. Ayrıca abdestin bozulması için şehvet tek başına yeterli değildir. Nasıl ki bir erkeğin bir erkeğe şehvetle dokunması veya kadına şehvetsiz dokunması abdesti bozmuyorsa, tek başına şehvet de abdesti bozmadır. Kadın da erkeğe şehvetle dokunursa abdesti bozulur. Dokunma konusunda kadınla erkek eşittir. Şehvet varsa dokunanla dokunulan arasında da bir fark yoktur. Çünkü iki tenin temasında abdesti bozan şey aynı olduğundan hüküm ikisi için de geçerlidir. Kadının kesilen uzvuna dokunmak da abdesti bozmadır. Çünkü hem ondan kadınlık ismi kalkmıştır hem de o uzuv şehvet konusu olmaktan çıkmıştır. Erkeğin erkeğe, kişinin küçük çocuğa, kadının kadına dokunması da abdesti bozmadır. Çünkü bunlar ayete dâhil olmadığı gibi, ayette kast edilen mana kapsamına da girmezler. Erkek için şer'an da tab'an de şehvet konusu olan kadındır. Diğerleri için böyle bir şey söz konusu değildir.²⁰

19 İbn Kudâme (Muvafakuddin), *el-Muğni*, I, 190. İbn Kudâme el-Makdisi, I, 188. “... bunlarla kadın aleyhine talak gerçekleşmez” ifadesiyle şu kast edilmektedir. Bir insan, eğer filancaya dokunursam karım boş olsun derse, fakat o kişinin tenine/cildine değil de saçına veya tırnağına dokunursa karısı boş olmaz. Çünkü bu durumda onun bedenine dokunmuş sayılmaz. Bunun ne denli sağlıklı bir istidlal olduğu sorgulanabilir. Zira burada üzerinde ittifak hâsıl olmamış (mucmeun aleyh) bir görüş bir meselenin ispatı için delil olarak kullanılmıştır.

20 İbn Kudâme (Muvafakuddin), *el-Muğni*, I, 191-2. Hanbelilerin görüşü için ayrıca bkz., İbn Kudâme el-Makdisi, *Şerhu'l-Kebir*, I, 186-8. Hanbeli mezhebinde dokunmada, kadının ve kendisine dokunulmanın abdestinin bozulmayacağı şeklinde bir görüş de vardır; fakat bu görüş zayıf kabul edilmiştir. Bkz., a. mlf., *age*, I, 192.

Esasen mahreme dokunmanın abdesti bozmayacağı görüşünü, delilsiz tahsis diye redd eden Hanbelilerin bu yaklaşımı da delilsiz tahsistir. Bu husus, nassda bir açıklık yoksa ga'î olsun lafzî olsun tahsisin ne denli kaçınılmaz olduğunu göstermektedir.

Zahirilerin Görüşü: Zahirilerin görüşü şehvet hususu hariç aşağı yukarı Hanbelilerin görüşü gibidir. Zahiri mezhebinin önemli temsilcilerinden İbn Hazm'a göre, aralarında bir perde veya başka bir engel olmaksızın hangi uzvuyla olursa olsun kadının erkeğe veya erkeğin kadına *kasten dokunması* abdesti bozar. Dokunulananın, dokunan kişinin kızı, annesi, oğlu, babası olması, büyük veya küçük olması arasında bir fark yoktur. Dokunmanın şehvetle olup olmamasının da hükümde bir tesiri yoktur. Fakat bir elbise üzerinden şehvetle dokunmak abdesti bozmaz. Fakat İbn Hazm bu ifadelerden sonra, "*bu konuda Şafililerin ve Zahirilerin görüşü böyledir*,"²¹ demektedir. Oysa dikkat edilirse Zahirilerin görüşü şehvet hususu hariç Hanbelilerin görüşüyle aynıdır. Yukarıda Şâfiîlerin, karşı cinsten mahrem kişilere, kendisine nikah düşenin saç, diş ve tırnağına dokunmanın abdesti bozmayacağı görüşünde olduklarını ifade etmiştik. Hâlbuki İbn Hazm'e göre bunlara dokunmak da abdesti bozar. Hatta İbn Hazm, İmâm Şâfiî'nin saç ile vücudun diğer kısımları arasında tefrik yapmasının Kur'an, Sünnet, icmâ, sahâbî kavli ve kıyâstan hiçbir delilinin olmadığını, aksine onun bu görüşünün bütün bu delillere muhalif olduğunu iddia etmektedir.²² Buna rağmen yukarıdaki ifadeyi niçin kullandığı anlaşılamamaktadır.

İbn Hazm, bu konuda Şa'bî, İbrahim en-Nehâî ve Hammad'ın görüşünü tercih ettiğini ifade etmektedir. İfadesi şöyledir: "*Şa'bî, İbrahim en-Nehâî ve Hammad'dan sahih bir şekilde sabittir ki onlara göre her halükârda kasıtlı bir şekilde öpene abdest gerekir. Böyle olunca buna şehvet de dâhil olur. Biz de böyle söylüyoruz; bu, Mâlik'in görüşü değildir*."²³ Görüldüğü gibi İbn Hazm şehveti değil, kasıtlı dokunmayı şart koşuyor. İbn Hazm'ın ifadelerinden şunları anlıyoruz: Kastın aranması ile şehvetin aranması aynı şey değildir, şehvet varsa kasıt da var demektir, bu durumda zaten abdest bozulur. Buna mukabil kasıtlı dokunma her zaman şehvet uyandırmadığı gibi şehvet amaçlı da olmayabilir; bu açıdan dokunmada kasıt varsa şehvet ve lezzet hâsıl olmasa da abdest bozulur. İşte bu görüş, bu açıdan Mâlikilerin gö-

21 İbn Hazm, *el-Muhalla*, I, 135. İbn Hazm da Hanbeliler gibi bu görüşüne ayetin umumunu delil göstermektedir. Ona göre ayetin âmm ifadesinden istisna yapmak, delilsiz tahsistir. Bkz., *age.*, a.y.

22 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, I, 136. Konu ile ilgili araştırma yapan Hüseyin Kahraman, İbn Hazm'ın ibaresini esas almış olacak ki, o da Zahirilerin görüşünün Şafililerin görüşü ile aynı olduğu yanlışlığına düşmüştür. Bkz., *Hadislere Göre Karşı Cinsle Dokunmanın Abdeste Etkisi*, s. 70-1.

23 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, I, 136.

rüşüyle aynı değildir. Yani İbn Hazm bu konuda Şâfiî ile Mâlikî arasında bir yerde durmaktadır. Biz de bu görüşü isabetli buluyoruz. Gerekçesini değerlendirme kısmında vereceğiz.

Mesele ile ilgili Mezhep görüşleri kısaca bundan ibarettir. Bu farklı görüşlerin ortaya çıkmasında etkili olan amilleri şöyle sıralayabiliriz:

1- Abdest ile ilgili ayetlerde geçen “أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ” “...ya da kadınlara dokunduysanız”, şeklindeki ifadenin farklı anlaşılması;

2- Hz. Peygamber’in abdestli iken bazı hanımlarını öptüğü ve abdest almadan namaz kıldığını dair rivayetlerin sıhhati üzerinde ittifak sağlanamaması;

3- Hz. Peygamber’in namazda iken bazı hanımlarına dokunduğu ile ilgili rivayetlerin ihticaca elverişli olup olmadığında ihtilaf edilmesi,

4- Bu konuda sahabeden farklı görüşlerin rivayet edilmiş olması hususlarıdır.

Bu meseledeki ihtilafın ana sebebi bu dört husustur. Şimdi mezheplerin kendi görüşlerini hangi delillerle savunduklarına geçelim. Önce konu ile ilgili ayetleri verip mezheplerin ayetlerde geçen ilgili ifadeyi nasıl anladıkları üzerinde duracağız.

Bu konuda Kur’an’da iki ayet vardır. Nisa (4/43) süresindeki ayet şöyledir.

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرُبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ حَتَّىٰ تَغْتَسِلُوا وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَفْوًا غَفُورًا

Maide (5/6) süresindeki ayet ise şöyledir:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهَّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ

Bu iki ayette ihtilafa sebep olan kısım “أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ” ifadesidir. Bu ifadenin yalın anlamı, “...ya da kadınlara dokunduysanız”, şeklindedir. Buna göre her iki Ayetin, bu ifadenin içinde yer aldığı kısmının tercümesi şöyledir: “...Eğer

cünüp iseniz temizlenin, şayet hastaysanız veya bir yolculukta iseniz veya biriniz tuvaletten gelmiş ise ya da kadınlara dokunduysanız ve bu hallerde abdest almak için su bulamadıysanız, temiz toprakla teyemmüm edin...” Görüldüğü gibi ayette, kadınlara dokunmanın abdest almayı gerektiren bir durum olduğu hükmü yer almaktadır. Burada üzerinde ihtilaf edilen husus, ayette kadınlara dokunmanın hangi anlamda kullanıldığıdır. Acaba ayette geçen *أَوْ لَأَمْسْتُمُ النِّسَاءَ* veya kadınlara dokunduysanız ifadesi hakiki anlamda mı kullanılmıştır, yoksa bununla kinaye yoluyla cinsel ilişki mi kast edilmiştir? Yukarıda da geçtiği üzere mezheplerin çoğuna göre ayetlerde *dokunma* hakiki anlamda kullanılmıştır. Hanefilere göre ise *dokunma* lafzı ile kinaye yoluyla cinsel ilişki kastedilmiştir.²⁴ Burada her iki tarafın görüşlerini dayandırdığı delilleri vermeye çalışacağız.

Hanefi Mezhebinin Görüşü ve Dayanakları: Hanefiler, ayette dokunmanın cinsel temastan kinâî olarak kullanıldığı görüşündedirler. Bu görüşlerini öncelikle bazı rivayetlere dayanarak savunmaktadırlar.

Hanefilerin esas delili, Hz. Aişe'den farklı lafızlarla rivayet edilen; *Hz. Peygamber bizi öperdi (veya bazı hanımlarını öperdi) sonra da abdest almadan namaz kıları,*²⁵ şeklindeki rivayettir.²⁶

Yine Hz. Aişe'den gelen diğer bir rivayet şöyledir: “*Bir gece Hz. Peygamber'i bulamadım, (gece karanlığında) onu aramaya koyuldum. Elim ayağının oyluğuna geldi. Secdedeydi ve şöyle diyordu:*” اللهم أعوذ بعفوك من عقوبتك و رضاك من سختك “Allah'ım cezandan affına, hoşnutsuzluğundan da rızana sığınırım.”²⁷

Cessas, *Eğer kadına dokunmak abdesti bozsaydı Hz. Peygamber secdede devam etmezdi, çünkü abdestsiz secdeye devam etmesi caiz değildir,* ifadesini kullanmaktadır.²⁸

Cessas, *Lems*'in iki anlama (dokunma ve cima) ihtimali olduğunu, ayette hangi anlamda kullanıldığına dair bir delil bulunmadığını, bundan dolayı hangi anlama geldiğinin anlaşılması için içtihat yapıldığına dikkat çeker. Ona göre *Lems* ile cima kast edilmiş olabilir. Nitekim Hz. Ali, İbn Abbas ve Ebû Mûsa el-Eşarî böyle anlamışlardır. *Lems* ile elle dokunma da kast edilmiş olabilir. Nitekim Hz. Ömer,

24 Bu görüşlerin iyi bir özeti için bkz., İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müçtehid*, I, 29.

25 Bu anlamdaki rivayetlerin sıhhati üzerinde ciddi bir ihtilaf vardır. İleride bunlar üzerinde durulacaktır.

26 Cessâs, Ebû Bekr Ahmet b. Ali er-Râzî (ö. 370/980), *Ahkâmü'l-Kurân*, Dâru'l-Kitâbü'l-Arabî, Beyrut 1325, II, 369. Kâsânî, *Bedâi'*, I, 30.

27 Hadisle ilgili geniş bilgi ileride gelecektir.

28 Cessâs, *age.*, II, 369.

Abdullah b. Mesûd böyle anlamışlardır. İşte Cessas burada yukarıdaki rivayetlerin *Lemsin* hangi anlamda kullanıldığını vuzuha kavuşturduğunu, bu rivayetlerin Allah'ın buradaki muradının elle dokunmak olmayıp cima olduğunu ortaya koyduğunu savunur. Her ne kadar *اللمس* *Lems*'in hakiki anlamı elle dokunmak ise de bu fiil kadınlara izafe edildiğinde kastedilen şeyin *الوطء* *el-Vat'*, yani cinsel ilişki olduğu anlaşılır. Esasen *el-Vat'*ın da hakiki anlamı ayakta yürümektir, fakat kadınlara izafe edildiğinde bundan cinsel ilişkiden başka bir şey anlaşılmaz. Cessas, *lems* anlamındaki kelimenin başka ayetlerde de cima anlamında kullanılmasını görüşüne delil gösterir. Örneğin “وإن طللتموهن من قبل أن تمسوهن...” “Eğer onlara (kadınlara) dokunmadan onları boşarsanız...” ayetinde dokunma, cima anlamında kullanılmıştır.²⁹

Hanefiler yukarıda geçen rivayetlerle yetinmemişler kendi görüşlerinin doğruluğunu *sahabe kavli* ve *umûmu'l-belva* gibi delillerle de savunmuşlardır.

Hanefiler daha çok sahabeden İbn Abbas'ın *Lems* ile ilgili görüşünü kendilerine delil yapmışlardır. Onun *Tercümanu'l-Kur'an* olduğunu, bu açıdan görüşünün tercih edilmesi gerektiğini savunurlar.³⁰ Rivâyete göre Araplarla Mevâli (Arap olmayanlar) *Lemsin* anlamı üzerinde tartışılar. Araplar *Lemsin* cima anlamında kullanıldığını, Mevâli ise cima dışındaki dokunmalar için kullanıldığını savunurlar. Konuyu İbn Abbas'a götürürler, O, Arapların görüşünün doğru olduğunu söyler. *Lemsin* Araplar arasında cima anlamında kullanıldığı, ayette de bu anlamda kullanıldığı görüşü İbn Abbas'tan farklı tariklerle rivayet edilmiştir.³¹ Hz. Ali ve Ebû Mûsa el-Eşarî'nin de bu görüşte oldukları rivayet edilmiştir.³²

Hanefilere göre kadınlara dokunmak *umumu'l-belvadır*. Bu konudaki *belva* (herkesi ilgilendiren yönü) küçük ve büyük abdest bozma meselesinden daha fazladır. Eğer kadınlara dokunmak abdesti bozsaydı, *umumu'l-belvadan* dolayı herkesin hükmünü bilmeye ihtiyaç duyduğu bir mesele olduğundan, Hz. Peygamber

29 Cessâs, *age.*, II, 370. Cessâs, ayetin söz diziminden de *Lems* kelimesinin cima anlamında kullanıldığını ispat etmeye çalışır. Fakat uzunca izah tarzı hem bıktırıcı hem yeterince anlaşılır değil hem de çelişkiler içermektedir. Örneğin, yukarıdaki ifadelerinde, *Lemsin* her iki anlama (dokunma ve cima) da ihtimali olduğunu, hangi anlamda kullanıldığına dair ayette bir delil bulunmadığını söylerken; akabinde ayetin hükmü ifade ediş biçiminden hareketle *Lemsin* cima anlamında kullanıldığını ispat etmeye çalışması bir çelişkidir. Bkz., *age.*, II, 370 -vd. Konunun anlaşılmasına katkı sağlayacak nitelikte gözükmediğinden bu kısımda söyledikleri buraya alınmamıştır.

30 Kâsânî, *Bedâi'*, I, 30.

31 Bu rivayetler için bkz., Taberî, Ebû Ca'fer Muhammed b. Cerîr (ö. 310/922), *Câmiu'l-beyan an te'vîli âyi'l-Kur'an*, Daru's-Selam, Kahire 2009, III, 2339-40; Dârekutnî, Ali b. Ömer, (ö. 385/868), *Sünenu'd-Dârekutnî*, (Ta'lik, Ebû Tayyib Muhammed Abâdî), Müessesetür-Risâle, Beyrut 2004, I, 259; Şevkânî, Muhammed b. Ali, (ö. 1255/1839), *Neylü'l-evtâr*, yy., ts., I, 195.

32 Bkz., Cessâs, *Ahkâmu'l-Kur'an*, II, 370.

insanları kendi hallerine bırakmazdı. Bu tür durumlarda hükmü bazılarına söyleyip bazılarına söylememesi caiz değildir.³³

Kadına dokunmanın abdesti bozduğu ile ilgili rivayet ve görüşlerin *umumu'l-belva* gerekçesiyle reddedilmesi tavrının, Ebû Hanife ve arkadaşlarında görülmediğini, bunun Cessas gibi sonraki dönem Hanefi âlimleri tarafından ileri sürüldüğünü, Ebû Hanife'ye isnadının ancak tahric yoluyla mümkün olabileceğini, Ebû Hanife'nin bu konudaki dayanağının sadece maruf ve mevkûf bazı hadisler olduğuna dikkat çeken araştırmacılar da vardır.³⁴

Kâsânî, Hanefilerin görüşü için Hz Aişe'den gelen rivayeti delil gösterirken, zorluk (الحرَج) gerekçesini de ileri sürer. İlgili rivayeti esas aldığından, ona göre bizzat dokunmak abdesti bozmaz, bu, bir erkeğin bir erkeğe bir kadının bir kadına dokunmasına benzer. Ayrıca karı ile kocanın biri birlerine dokunmaları çokça vukû bulan bir durumdur. Eğer bunun abdesti bozduğunu kabul edersek insanları sıkıntıya sokmuş oluruz.³⁵

Bu yaklaşımdaki temel problem, Kâsânî'nin taabbudi olan bir meselede akıl yürütmesidir. Oysa bu tür taabbûdi meselelerin hükmü akıl yürütmeye (kıyasla) bilinemez. Taabbudi konularda ancak hükmün bilinmesinin zorunluluk arz ettiği durumlarda akıl yürütmeye cevaz verilmiştir. Hâlbuki bu meselede böyle bir durum söz konusu değildir. Ayrıca dokunma sadece karıkoca arasında cereyan eden bir olay değildir. Namahrem olan bir erkekle bir kadın da hiçbir zaruret olmadan şehvet amaçlı biri birine dokunabilirler. Hanefiler bu durumu ilgili hükümden istisna etmediklerine göre, Kâsânî'nin zaruret gerekçesi, hem mezhebin yaklaşımını izah etmede yetersiz kalmaktadır hem de genel usule aykırıdır.

Cessas'ın ifadelerinden de anlaşıldığı üzere Hanefilerin ayette *lemsin* اللمس kinaî olarak cinsel ilişki anlamında kullanıldığı şeklindeki görüşlerinin temel dayanağı, esasen yukarıda delil olarak gösterilen rivayetlerdir. Eğer bu rivayetler sağlamsa, Hanefilerin, *sahabe kavli* ve *umumu'l-belva* delillerinin ilgili rivayetleri teyit açısından önemi olur. Eğer ilgili rivayetler sened açısından zayıf veya delil olma yönü ile elverişli değilse, istidlal ettikleri diğer delillerin güçlü olup olmadığı ancak diğer görüş sahiplerinin delilleriyle mukayese edildiğinde ortaya çıkar.

33 Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, II, 369. Cessâs, "şayet kadına dokunmak abdesti bozmuyorsa Hz. Peygamber'in bunu ümmetine bildirmesi gerekmez miydi?" sorusuna da cevap vermeye çalışmaktadır. Bkz., *age.*, II, 370.

34 Yiğit, Metin, *Ebû Hanife'nin Usûl Anlayışında Sünnet*, İz Yay., İstanbul 2009, s. 321.

35 Kâsânî, *Bedâi'*, I, 30.

Mâliki Mezhebinin Görüşü ve Dayanakları: Mâliki âlimlerinden İbnü'l-Arabi, meseleyi önce dilbilim açısından ele almaktadır. Konuya başlarken dilbilimci Müberred'in, لمس 'in cinsel münasebette bulunmak, لامس 'nin ise öpmek anlamına geldiğini, çünkü öpmenin iki kişi arasında gerçekleştiğini, bu açıdan kasıt ve fiil olarak kadından sadır olacak fiilin öpme olduğunu; fakat cinsel ilişkide kadının bir fiili olmadığı şeklindeki görüşünü aktarır; fakat kendisi bu yaklaşımı reddeder. O, her iki fiilin nakilde yani kullanımda eşit olduğunu, لمستم'un her iki manaya gelme ihtimali bulunduğunu, bunun da aynı لامستم gibi olduğunu, bunda da erkeğin fiiline karşı kadının bir fiilinin olması gerekmediğini söyler. Akabinde, “eğer iki kıraatin anlamı farklı olsaydı ona iki farklı hüküm verirdik ve onları iki farklı ayet gibi değerlendirirdik, bunda bir tenâkuz ve teâruz da olmazdı”,³⁶ ifadelerini kullanır.

Burada anlatılmak istenen şudur: Bilindiği gibi ayette geçen اللمس kelimesi bir kıraate göre لامس bir kıraate göre ise لمس şeklinde okunmuştur. Müberred'in görüşü esas alındığında iki farklı kıraatten iki farklı hüküm çıkar. Oysa İbnü'l-Arabî, fiilin iki farklı formunda iki farklı anlamın eşit düzeyde bulunduğunu, dolayısı ile iki farklı kıraatten iki farklı hüküm çıkarılamayacağını savunmaktadır. Bu açıdan Mâlikiler, Lemsin ayette elle dokunma anlamında mı yoksa kinâi olarak cima anlamında mı kullanıldığını, fiilin sîgasından ve kullanımından değil, ayetin hükmü ifade etme biçimine ve sahabe görüşlerine dayandırmışlardır.

İbn Abdilberr, *mülâmeseyle cima kastedilmiştir*, diyenlere karşı, *mülâmeseyle mutlak olarak kullanıldığında Araplar bundan sadece elle dokunmayı anlarlar*, delilini ileri sürer. Burada hadislerde lems kelimesinin elle dokunmak anlamında kullanıldığına dair rivayetleri de verir. O'na göre bir kıraatte, bu kelimenin “أو لمستم” şeklinde okunması da ayette (لامستم)'ün elle dokunma anlamında kullanıldığını göstermektedir. Zahir ve umumi bir lafzın gerçek anlama hamledilmesi, kinâi anlama hamledilmesinden evladır.³⁷

Mâlikiler'in, أو لمستم fiilinin ayette *eğer elle dokunursanız* anlamında kullanıldığına dair nakli delilleri şunlardır: İmam Mâlik, Salim b. Abdullah'ın babası Abdullah b. Ömer'in şöyle dediğini rivayet eder: “*Adamın hanımını öpmesi ve onu eliyle okşaması mülâmesedir. Kim hanımını öper veya ona eliyle dokunur/okşarsa ona abdest gerekir.*” Yine İmam Mâlik, Abdullah b. Mes'ud'dan, “*Kişiye, hanımını öpmesinden dolayı abdest gerekir*” sözünü rivayet eder. Aynı sözü İbn Şihab ez-

36 İbnü'l-Arabi, Ebû Bekr Muhammed b. Abdullah (ö. 543/1143), *Ahkâmü'l-Kur'ân*, Dâru'l-Fıkr, Beyrut 1988, I, 564.

37 İbn Abdilberr, *el-İstizkâr*, III, 54-5.

Zühri'den de aktaran İmam Mâlik, *bu konuda duyduklarım içerisinde en beğendiğim bunlardır*, ifadesini kullanır.³⁸

Mâlikî, mezhebini tedvin eden Sahnun'un aktardığına göre, Hz. Aişe, Said İbnü'l-Müseyyeb, Rabia b. Ebi Abdurrahman, Abdullah b. Yezid b. Hürmüz, Zeyd b. Esleme, Yahya b. Said, Leys b. Sa'd ve İbrahim en-Nehai' öpmeden dolayı abdestin bozulacağı görüşündedirler.³⁹ İbn Abdilberr bu isimlere tabi'undan, Ubeyde es-Selmanî, Mekhul ed-Dımeşkî, Hammad b. Süleyman'ı da ekler, ayrıca bunun Medine ehlinin cumhurunun görüşü olduğunu aktarır.⁴⁰

İbnü'l-Arabî, لامستم 'un öpme ve dokunma anlamına geldiğini, ayetteki ifadelerin de bunu teyid ve izah ettiğini şöyle açıklar: Ayetteki, *cünüpken namaza yaklaşmayın* ifadesi *cimanın hükmünü*; *sizden biriniz abdest bozmuş ise* ifadesi abdestsizliğin hükmünü, *eğer kadınlara dokunduysanız* ifadesi ise *dokunma ve öpmenin hükmünü belirleyen* cümlelerdir. Bu durumda üç hüküm için üç ayrı ifade/cümle olmuş olur. İşte bu ilmin ve i'lamın nihâî noktasıdır. Eğer اللمس 'ten kastın cima olduğunu söylersek, ayette bir hükmün iki defa tekrar edilmiş olduğunu iddia etmiş oluruz. Oysa Kelam-ı Hakîm bundan münezzehtir.⁴¹

Mâlikilerin şehvetle dokunmayı şart koşmaları konusundaki delileri ise Hz. Aişe'den gelen, *'Bir gece Hz. Peygamberi yatağında bulamadım, el yordamıyla onu aramaya koyuldum, elim iki ayağının arasına (ya da oyluğuna) geldi. Secdedeydi ve her iki ayağı dikili vaziyette idi. Şöyle diyordu: "Allah'ım hoşnutsuzluğundan rızana, cezandan affına, senden sana sığınırım. Seni övmeye gücüm yetmez, sen kendini nasıl övüyorsan öylesin"*⁴² şeklindeki rivayettir. İbn Abdilberr; bu (rivayet) gösteriyor ki, keyif/şehvet amaçlı olmayan dokunmalar ayette kast edilen mülâmeseye (dokunmaya) dâhil değildir, demektedir.⁴³ Yani Mâlikilere göre bu olayda cilde temas olduğu halde Hz. Peygamber'in namaza devam etmesi, buradaki dokun-

38 Malik b. Enes, (ö. 179/795), *el-Muvatta'*, Dâru İhyâi'l-Ulûm, Beyrut 1983. s. 48. Ayrıca bkz., Beyhâkî, Ebû Bekr Ahmed b. Huseyin b. Ali, (ö. 458/1056), *es-Sünenü'l-Kubrâ*, Daru'l-Ma'rifet Beyrut 1992, I, 123; İbn Abdilberr, *el-İstizkâr*, III, 43. İbn Mesûd'un görüşünü aktaran İbnü'l-Arabî, *Küfî olduğu halde acaba Ebû Hanîfe, Abdullah b. Mesûda niye muhalefet etmiştir*, göndermesinde bulunur. İbnü'l-Arabî, *Ahkâmu'l-Kurân*, I, 564.

39 Sahnun b. Said et-Tenûhi, (ö. 240/854), *el-Müdevvenetü'l-kubrâ*, Daru Sadır, Beyrut, 2005, I, 13.

40 İbn Abdilberr, *el-İstizkâr*, III, 46.

41 İbnü'l-Arabî, *Ahkâmu'l-Kurân*, I, 564.

42 Müslim, "Salât", 42, (h.no: 486); Lafız farklılıkları ile bkz., Malik, *el-Muvatta'*, "Babu'd-Duâ", (h.no: 497); Ebû Davûd, "Salât", 153, (h.no: 879); Nesâî, "Tahâret", 120, (h.no: 169); Tirmizî, "De'âvât", 77, (h.no: 3493); İbn Mace, "Duâ", 3, (h.no: 3841); Dârekutnî, *Sünen*, I, 260.

43 İbn Abdilberr, *el-İstizkâr*, III, 56. Bu ve benzeri hadislerin ihticaca elverişli olup olmadığı ile ilgili görüşler ileride gelecektir.

manın keyif/şehvet amaçlı olmamasından dolayıdır. Aksi halde Hz. Peygamber'in namaza devam etmemesi gerekirdi. Mâlikiler şöyle bir mantık da yürütmektedirler: Nasıl dokunma olmadan tek başına lezzet abdesti bozmuyorsa, aynı şekilde lezzet içermeyen dokunma da abdesti bozamaz.⁴⁴ Yani ancak şehvet amaçlı olan dokunmalar abdesti bozar.

Bilindiği gibi Mâliki Mezhebi, hükümlerin konuluş gayesini önemseyen bir mezheptir. Burada da bu gayeyi tespitiye yönelmişler ve yukarıdaki rivayeti bu doğrultuda yorumlamışlardır. Buna göre dokunmanın abdesti bozmasının arkasındaki esas sebep (esasen hikmet ve saik) şehvettir. Sebep olmayınca hüküm de olmaz.

Şâfiî Mezhebinin Görüşü ve Dayanakları: Şâfiîler bu konuda öncelikle *المس* kelimesinin sözlük anlamını esas alırlar. Onlara göre kelimenin sözlükteki hakiki anlamı elle dokunmaktır. Şâfiî bunun için şiirle istihsad etmektedir: *...أطلب الغنى... و ألسمت كفى كفه أطلب الغنى* “Zenginliğinin bana geçmesi ümidiyle elimi onun eline sürdüm. (dokundum).”⁴⁵ Görüldüğü gibi şair burada *lems*'i, *dokunmak* anlamında kullanmıştır. Bu açıdan Şâfiîler *mulâmese* kelimesinin ayette hakiki anlamında kullanıldığı görüşündedirler. Bir kelimenin hakiki anlamından çıkarılmasını, yani tevilini gerektiren ciddi bir sebep yoksa hakiki anlama hamli esastır. Oysa burada kelimenin hakiki anlamından çıkarılmasını gerektiren bir sebep yoktur.

Şâfiîlerin nakli delilleri aşağı yukarı Mâlikilerin dayandığı delillerle aynıdır. İmam Şâfiî de bu meselede hocası Mâlik'in, Abdullah b. Ömer ile Abdullah b. Mesud'tan rivayet ettiği görüşü esas alır.⁴⁶ İmam Nevevî, Hz. Ömer'in de bu görüşte olduğunu söyler.⁴⁷

Ancak Şâfiîlerin bu meseledeki asıl dayanağı ayetin metnidir. Bizzat İmam Şâfiî'nin ifadeleri şöyledir: Cenab-ı Allah ayette cünübün temizlenmesini emrettikten sonra, *“...Eğer hasta iseniz yahut seferde iseniz ya da abdest bozmuş iseniz ya da kadınlara dokunmuşsanız fakat su bulamamışsanız teyemmüm edin,”* buyurmaktadır. Burada abdest bozmadan dolayı abdest almayı vacip kılması ile kadınlara dokunmadan dolayı abdest almayı vacip kılması aynı benzerliğe sahiptir. Çünkü (Cenab-ı Hak) cünüplükten sonra kadınlara dokunmayı abdest bozmayla

44 İbn Abdilberr, *el-İstizkâr*, III, 57.

45 Şâfiî, *el-Ümm*, I, 15.

46 Şâfiî, *el-Ümm*, I, 15.

47 Nevevî, *el-Mecmû'*, II, 34. İbn Abdilberr, Hz. Ömer'in hanımını öptüğü ve abdest almadan namaz kıldığı rivayetinin Medine ehlinin isnadıyla sabit olduğunu söyler. Ancak müteakip sayfada bu konu açısından zıt anlam çıkarılacak başka bir görüşünü verir ve; *“eğer bu rivayet doğru ise Hz. Ömer'in bu konudaki görüşü üzerinde ihtilaf olduğu ortaya çıkar,”* ifadelerini kullanmaktadır. İbn Abdilberr, *el-İstizkâr*, III, 44, 45.

bitişik zikretmiştir. Bu da mülâmesenin elle dokunma anlamında kullanıldığını göstermektedir. Oysa öpmek cünüplükten farklı bir şeydir.⁴⁸ Zira kişi sadece öpmeden dolayı cünüp olmaz.

Dikkat edilirse ilmî kavramların henüz gelişmediği bir dönemde yaşayan Şâfiî içtihadını önemli bir dil kuralına bina etmiştir. Bu da, matuf ve matufun aleyhin hükmünün aynı olması gerektiği esasıdır. Kavramların istikrar bulduğu klasik dönem Şâfiî âlimleri de aynı esastan hareketle bunu şöyle izah etmişlerdir: Ayette, Allah, *Lemsi* (اللمس) abdest bozmaya atfetmiştir ve suyun bulunmaması durumunda her ikisi için de teyemmüm etmeyi vacip kılmıştır. Bu da mülâmesenin, abdest bozmak gibi bir abdestsizlik (hades) hali olduğuna delalet eder. *Lems'e* cima anlamı vermek, ayetin zahiri anlamına muhaliftir.⁴⁹

İfade edilmek isteneni şöyle açabiliriz: Ayette biri birine atfedilen durumlar aynı hükme tabi kılınmıştır. Hüküm burada, suyun bulunması durumunda abdest almak, suyun bulunmaması durumunda teyemmüm etmektir. Eğer *Lemsle* cimanın kast edildiğini söylersek, biri birine atfedilen bu iki durumdan birinin, yani *Lemsin* ilgili hükmün kapsamına girmediğini iddia etmiş oluruz. Çünkü cimanın doğurduğu sonuç abdestsizlik değil, cünüplüktür; cünüplük ise abdest almakla değil, yıkanmakla ortadan kalkar. Oysa dil bilgisi kuralları gereği matufun matufun aleyhin hükmü her zaman birdir. Bunun aksini iddia etmek ayetin zahiri anlamını itibara almamak demektir.

Şâfiîler *Lemsin* bazı ayet ve hadislerde elle dokunmak anlamında kullanılmasını da görüşlerine delil yapmaktadırlar. Şâfiî, *mülâmesenin* elle dokunmak anlamına geldiğine, “Hz. Peygamber (a.s) *mulâmese ve münabezeden neyh etti*” hadisini delil göstermektedir.⁵⁰

Dikkat edilirse, hem âyette hem de bu hadiste “لمس” dokundu fiili aynı kalıpta, yani “لامستم” şeklinde mufâ’ale bâbında kullanılmıştır. Öyle anlaşılıyor ki Şâfiî bundan hareketle, nasıl ki hadiste *mulâmese* kelimesi *dokunmak* anlamında kullanılmışsa, âyette de bu anlamda kullanıldığı sonucuna varmıştır. Kaldı ki Şâfiîlere göre âyette geçen fiilin “لامستم” (lâместum) şeklinde okunması ile bazı kıraatlerde

48 Şâfiî, *el-Ümm*, I, 15.

49 er-Remelî, *Nihayetü'l-muhtâc*, I, 116; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, I, 34.

50 Şâfiî, *el-Ümm*, I, 16. Hadisin geçtiği yerler için bkz., Nesâî, “Buyû”, 24; Müslim, “Buyû”, 1-2; Ebû Davûd, “Buyû”, 25; Timizî, “Buyû”, 69. *Mulâmese* ve *Munâbeze*, cahiliyye döneminde uygulanan iki alış-veriş çeşidiydi. *Mulâmese*, bir şahısın düşünmeksizin arkadaşının elbisesine dokunmasıydı. Bunu yaptığı zaman arkadaşı onu incelemeyen almak zorunda kalırdı. *Munâbeze* ise, biri diğerine *eğer bu elbiseyi sana atarsam onu alman vacip olur*, demesiydi. Bunu yaptığında arkadaşı onu almak zorunda kalırdı. Bkz., Aynı kaynaklar, aynı yerler. Bu iki alış veriş çeşidinde, bir akdin olmazsa olmazları olan rıza, icab-kabul ve pazarlıktan vaz geçme hakkı gibi hususlar bulunmadığından Hz. Peygamber tarafından yasaklanmıştır.

geçtiği üzere “لمستم” (*lemestum*) şeklinde okunması arasında da bir fark yoktur.⁵¹

Ayrıca Şâfiî fukahası, “Eğer biz sana sayfalara yazılı bir Kitap indirseydik ve onlar ona elleriyle dokunsalardı «فلمسوه بأيديهم» şüpheniz olmasın küfredenler, ‘bu açık bir sihirdir,’ derlerdi.” (En’âm, 6/7), ayetini; Hz. Peygamber’in, zina ettiğini söyleyen bir adama, لعلك لمست “Belki sen dokunmuşsundur”⁵², yani öpmüş veya okşamışsındır hadisi ile Hz. Peygamber’in, zina yaptığını söylediği Maiz’e; لعلك لمست “belki sen öpmüş veya dokunmuşsundur” hadisini lems kelimesinin dokunma anlamında kullanıldığına delil gösterirler. Bunun yanında Hz. Ömer’in; القبلة من اللمس فتوضؤا منها “öpmek dokunmadır, ondan dolayı abdest alınız” sözü ile Abdullah b. Mesud’dan rivayet edilen, “Öpmek lemstir, ondan dolayı abdest gerekir, lems cima dışındaki bütün dokunmalardır,”⁵³ şeklindeki sözünü de delil gösterirler. Lemsin cima dışındaki dokunmalar için kullandığına Hz. Aişe’den gelen şu rivayet de delil gösterilmektedir: “Hz. Peygamber her gün bir müddet yanımıza uğrar, yanımızda kaylule yapar, bizi öper ve bize dokunurdu”⁵⁴ ويلمس Hz. Aişe’nin burada lemsi cima dışındaki dokunmalar için kullandığı açıktır.

Tabi ki bu delillere itiraz edenler de vardır. Örneğin, Şevkânî’nin, Lemsle ilgili İbn Ömer ve İbn Mesûd’dan gelen rivayetler hakkındaki mütalaası şöyledir: Lemsin gerçek anlamının elle dokunma olduğunu biz de inkâr etmiyoruz, ancak biz meseleyi çevreleyen karinelerin burada mecazî anlamı gerekli kıldığını iddia ediyoruz. Onların, *öpmeden dolayı abdest gerekir*, görüşlerine gelince, saha-be kavli delil olmaz, hele özellikle Şârî’den gelene muarız ise. Oysa ilim denizi İbn Abbas, –ki o Allah’ın Peygamber’in duası sayesinde Kitabı’nın tevlini öğrettiği kişidir- ayette geçen dokunmanın cima olduğunu tasrih etmiştir. Bu meziyetinden dolayı onun Kur’an’la ilgili açıklamalarının başkalarınınkinden daha tercihe şayan olduğu kabul edilmiş (takarrür etmiş) bir gerçektir. Şevkânî, burada, bir bedevinin Hz. Peygamber’e, إن امرأتى لا ترد يد لامس “... benim hanımım kendisine dokunan (لامس) hiçbir eli (kimseyi) geri çevirmez.” sözünü de delil göstermektedir. Çünkü burada *dokunma* zinadan kinâye olarak kullanılmıştır.⁵⁵ Görüldüğü gibi hiçbir kesim görüşüne delil bulmakta zorlanmamıştır.

51 er-Remelî, *Nihayetü’l-muhtâc* I, 116.

52 Şirbinî, *Muğni’l-muhtâc*, I, 34.

53 Beyhâkî, *es-Sünenü’l-kübrâ*, I, 124; İbn Hacer, *Telhisu’l-Habir fi Tahrirci Ehâdisi Râfi’l-Kebir*, Medine 1974, I, 132; Şevkânî, *Neylü’l-evtâr*, I, 195. İmam Malik, Zuhri kanlıyla Salim b. Abdulah’tan, “Kişinin hanımını öpmesi ve okşamayı mülâmesidir. Kim hanımını öper veya ona eliyle dokunursa ona abdest gerekir,” sözünü rivayet etmiştir. Beyhâkî, *age.*, ay.

54 Beyhâkî, *es-Sünenü’l-kübrâ*, I, 124; İbn Hacer, *Telhisu’l-Habir*, I, 132.

55 Şevkânî, *Neylü’l-evtâr*, I, 195.

Şevkânî'nin yaklaşımı iki açıdan problemlidir. Birincisi, İbn Ömer ve İbn Mesûd'un görüşünü referans gösterenler, sahabe kavlini şerî bir delil olarak gördükleri için değil, bu görüşleri kendi görüşlerini takviye için zikretmektedirler. Nitekim Şevkânî de İbn Abbas'ın görüşünü tercihe şayan bulmaktadır. Kaldı ki Şevkânî bir taraftan sahabe kavlinin delil olmadığını söylerken, diğer taraftan İbn Abbas'ın görüşünü delil olarak sunmaktadır. Oysa İbn Abbas da bir sahabi'dir, diğerlerinin görüşü delil olmuyorsa onun da görüşü delil olmaz. İkincisi, Hz. Peygamber'in ona dua etmesi, onun görüşünde yanılmayacağı anlamına gelmeyeceği gibi; her görüşünün diğer sahabenin görüşlerinden daha isabetli olduğu anlamına da gelmez. Eğer öyle olsaydı, başkaları ile ihtilaf ettiği her konuda İbn Abbas'ın görüşünün tercih edilmesi gerektiği üzerinde ittifak oluşması gerekirdi. Oysa Hz. Peygamber'in duasından dolayı İbn Abbas'ın görüşünün tercih edilmesi gerektiğini savunan hiç bir sahabe veya tabiün âlimi yoktur.

Şevkânî'nin mesele ile ilgili karinelerin burada kinaî anlamı gerekli kıldığına dair iddiası da güçlü değildir. Verdiklerimizden anlaşılacağı üzere aksi görüşü savunanların delilleri daha güçlü görünmektedir.

Özetlemek gerekirse: Şâfiî ve Mâlikiler bu konuda sahih bir rivayetin olmadığı kanaatinde olduklarından, görüşlerini, ayetin hükmü açıklama şekline, sahabe kavline ve lems kelimesinin sözlükteki hakiki/gerçek anlamına dayandırmışlardır. Hanefiler ise görüşlerini, lems kelimesinin ayette kinaî anlamda kullanıldığı tezine dayandırmışlardır. Hanefiler ayrıca görüşlerini destekleyen sahih rivayetler bulunduğunu iddia etmektedirler. Oysa Mâlikiler ve Şâfiî'ler bu konuda Hz. Peygamber'den gelen sahih bir rivayet olmadığı kanaatindedirler. Kısacası ihtilafın en önemli sebebi, bu konuda sahih bir rivayetin olup olmadığı hususudur. Öyleyse ihtilafı çözecek nokta Hanefilerin delil gösterdikleri rivayetlerin sahih olup olmadığının tespiti; sahih olanların ise bu mesele açısından ihticaca elverişli olup olmadığının vuzuha kavuşturulmasıdır. Eğer konunun rivayetlerle ilgili yönü çözümlerse, hangi görüşün daha isabetli olduğunun anlaşılması nispeten kolaylaşacaktır. Bu açıdan biz Hanefilerin görüşlerine delil gösterdikleri rivayetleri bu iki yönü ile ele almaya çalışacağız.

HANEFİLERİN İSTİDLAL ETTİKLERİ HADİSLER VE BUNLARLA İLGİLİ FARKLI GÖRÜŞ VE YAKLAŞIMLAR

Hanefilerin kendi görüşlerine delil gösterdikleri iki çeşit rivayet söz konusudur. Bu rivayetlerin bir kısmı meseleyle doğrudan ilgili olmamakla birlikte onların görüşlerine dolaylı olarak delil olabilecek niteliktedir. Bunlarla ilgili ihtilaf,

senetle ilgili değil, ilgili rivayetlerin meseleye delil yapılmaya elverişli olup olmadığı noktasındadır. Diğer bir kısmı doğrudan meselenin kendisi ile ilgili olmakla beraber, ihtilaf senetler üzerinde cereyan etmektedir. Biz önce birinci kısım üzerinde duracağız.

Hanefilerin kadına dokunmanın veya öpmenin abdesti bozmadığına dair delil gösterdikleri hadislerden biri Hz. Aişe'den gelen şu rivayettir: *'Bir gece Hz. Peygamberi yatağında bulamadım, el yordamıyla onu aramaya koyuldum, elim iki ayağının arasına (ya da oyluğuna) geldi. Secdedeydi ve her iki ayağı dikili vaziyette idi. Şöyle diyordu: "Allah'ım hoşnutsuzluğundan rızana, cezandan affına, senden sana sığınırım. Seni övmeye gücüm yetmez, sen kendini nasıl övüyorsan öylesin"*⁵⁶

Önemli hadis kitaplarının hemen hepsinde geçen bu rivayet, sahihtir. Tirmizî, hadisin hasen olduğunu, Hz. Aişe'den farklı vecihlerle geldiğini belirtir.⁵⁷

Hanefiler şöyle istidlal etmişlerdir: Eğer kadına dokunmak abdesti bozsaydı, Hz. Peygamber'in secdeye/namaza devam etmemesi gerekirdi, namaza devam ettiğine göre, bundan dokunmayla abdestin bozulmayacağı hükmü/sonucu çıkar.⁵⁸

Kaynaklar Şâfiî'nin, *Harmele* adlı eserinde bu hadise dayanarak sadece dokunmanın abdestinin bozulacağı görüşünün yer aldığını, bir kısım Şâfiî fukâhanın bu görüşte olduğunu aktarmaktadır. Ancak çoğunluğun görüşü dokunulmanın da abdestinin bozulacağı şeklindedir.⁵⁹

İbn Hazm'ın mütalaası şöyledir: Bu hadiste onlara (Hanefilere) delil olabilecek bir şey yoktur. Çünkü abdest sadece kasıtlı olarak dokunana gerekir, dokunulana değil, zira o dokunmamıştır; ancak dokunulan da kastederse abdesti bozulur. Ayrıca bu haberde Hz. Peygamber'in namazda olduğuna dair bir şey yoktur. Bir Müslüman namaz dışında da secde edebilir, çünkü secde bir hayır fiilidir. Dahası Hz. Peygamber'in namazda olduğu sabit olsa bile yine de bu rivayet delil olamaz. Zira rivayette abdestinin bozulmadığına dair bir şey geçmediği gibi; abdest almadan namaza devam ettiğine ilişkin de bir şey geçmemektedir. Eğer Hz. Peygamber'in namazda olduğu ve abdest almadan namaza devam ettiği sabit

56 Müslim, "Salât", 42, (h.no: 486); Lafız farklılıkları ile bkz., Ebû Davûd, "Salat", 153, (h.no: 879); Nesâî, "Tahâret", 120, (h.no: 169); Tirmizî, "De'âvât", 77, (h.no: 3493); İbn Mace, "Dua", 3, (h.no: 3841); Malik, Kur'an, *Babu'd-Duâ*, (h.no: 497); Dârekutnî, es-Sünen, I, 260.

57 Tirmizî, "De'âvât", 77, (h.no: 3493). Hadisin şeması iyi çizilmiş ravi zinciri için bkz., Kahraman, "Hüseyin, Hadislere Göre Karşı Cins Dokunmanın Abdeste Etkisi", *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, c. 19, sy., I, 2010, s. 92.

58 Bkz., Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, II, 369.

59 Bkz. Şirâzî, *el-Mühezzeb*, I, 88-9: Ayrıca bkz., 88. sayfadaki 1. ve 2. dipnotlardaki bilgi.

olsaydı, bu defa da durum ayet inmeden önceki hale muvafık olurdu. Bu, ayetle hükmü nesh edildiğinden şüphe olmayan bir haldir. Nesh edilen hükmü almak ise batıldır.⁶⁰

İbn Hazm'ın ifadelerindeki çelişkiyi bir tarafa bırakırsak,⁶¹ diğer itirazları yersiz değildir. Aslında dikkat edilirse Hz. Aişe, Hz. Peygamber'in namazda olduğuna dair bir şey söylemiyor. Eğer Hz. Aişe, Hz. Peygamber namazı bitirdikten sonra veya selam verdikten sonra bana şöyle dedi, gibi bir şey söyleseydi, onun namazda olduğunu söyleyebilirdik. Oysa rivayet, "Hz. Peygamber secdeden doğruldu ve bana; Ey Aişe, şeytanın mı geldi, dedi", şeklindedir. Burada Hz. Peygamber'in namaz secdesinde olmadığına dair emareler daha güçlüdür. Zaten secdede söyledikleri şeyler de namaz secdesinde söylenen şeyler değildir.

Bu itiraza şu da ilave edilebilir: Hanefiler, bu olayda Hz. Peygamber'in ayağının çıplak olduğu ön kabulünden hareketle böyle bir sonucuna varmışlardır. Oysa rivayette Hz. Peygamber'in ayağının çıplak olduğuna dair bir şey geçmemektedir. Bu sadece bir ihtimaldir, şer'î bir hüküm ihtimal üzerine bina edilemez. *O günün hayat tarzı böyleydi, büyük ihtimal ayağında bir şey yoktu*, gibi bir argüman da bu ihtimali ortadan kaldırmaz. Dolayısıyla bu rivayet sahih bile olsa bu meseleye delil yapılması isabetli değildir.

HZ. PEYGAMBER'İN NAMAZDAYKEN HZ. AİŞE'NİN AYAKLARINA DOKUNDUĞU İLE İLGİLİ RİVAYET/LER

Hanefilerin görüşlerine delil yaptıkları bir rivayette Hz. Aişe'den rivayet edilen şu anlamdaki sözleridir: "Hz. Peygamber namaz kılariken ben de bir cenaze gibi önünde uzanıp yatarım. Ayaklarım onun kiblesine gelirdi. Secdeye gittiği zaman beni dürtükler ben de ayaklarımı kendime çekerdim, kalktığı zaman tekrar ayaklarımı uzatırdım. O zaman evlerde kandil yoktu."⁶²

Bu anlamdaki haberleri, Urve, Ebû Seleme, Mesrûk, Kasım b. Muhammed ve el-Esved, Hz. Aişe'den rivayet etmişlerdir. Ancak bunlar arasında lafız farklılıkları vardır. Bu rivayetlerden biri şöyledir: "Hz. Aişe'nin yanında, nelerin namazı bozacağı soruldu. (cevaben), köpek, eşek ve kadın dendi. Bunun üzerine Hz. Aişe,

60 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, I, 135.

61 Çünkü bir taraftan rivayette Hz. Peygamber'in abdestinin bozulduğuna dair bir şey geçmediğini ifade ederken, diğer taraftan, abdest ayetiyle bu durumun nesh edildiğini iddia etmektedir.

62 Bkz., Buhari, "Salat", 22, Müslim, "Salat", 51, (h.no: 267/512, 274/514); Nesâî, "Tahâret", 120, (h.no: 167-8); Malik, *el-Muvatta'*, 'Salâtu'l-Leyl', s. 100, (h.no: 258); Ebû Davûd, *Salât*, 113, (h.no: 712-4).

“bizi köpeklere ve eşeklere benzettiniz/bir tuttunuz. Vallahi Hz. Peygamber namaz kılariken ben onunla kible arasında seririn üzerinde uzanıp yatarım. Bir ihtiyacım olduğu zaman, onun rahatsız olmaması için ayaklarının bulunduğu yerden yorganın altından süzülüp çıkardım.”⁶³

Hanefiler bu anlamdaki rivayetleri de dokunmanın abdesti bozmayacağına delil yapmışlardır. Burada Hz. Aişe'nin üstü açık bir şekilde yattığı farz edilerek, Hz. Peygamber'in namazda iken Hz. Aişe'nin çıplak ayaklarına dokunduğu kabul edilmiş, dolayısı ile kadına dokunmanın abdesti bozmayacağı sonucuna varılmıştır.⁶⁴

Ancak Hanefilerin bu rivayetle istidlaline itiraz edilmiştir. İmam Nevevî, cumhurun bu dokunmayı, bir örtünün üstünden cereyan etmiş olabileceğine hamlettiğini belirtmekte, *uykuda olan kişinin hali de bunu göstermektedir*,⁶⁵ ifadeleriyle de bu görüşe destek vermektedir. İbn Hacer bu ihtimale, bunun Hz. Peygamber'e has bir durum olma ihtimali bulunduğunu da ilave etmektedir.⁶⁶ Hanefî âlimlerinden Aynî, İbn Hacer'in bu iddiası için, Hz. Peygamber'in teşri makamında bulunduğunu, Hak Teâlâ'nın bütün fiil ve sözlerinde onu hatadan koruduğunu, bu açıdan herhangi bir delile dayanmayan hususiyet/tahsis iddiasının geçersiz (batıl) olduğunu söyler. Ona göre bu hadislerden çıkan sonuç, kadına dokunmanın abdesti bozmadığıdır.⁶⁷

Aynî'nin, İbn Hacer'in bir ihtimal olarak dile getirdiği görüşe itirazı makul olmakla beraber, vardığı sonuç itiraza açıktır. Çünkü rivayette Hz. Peygamber'in Hz. Aişe'nin çıplak ayaklarına dokunduğuna dair bir şey geçmemektedir. Güçlü de olsa bu sadece bir ihtimaldir. Ayetin açık metni uyulmaya daha layıktır.

İbn Kudâme ise, Hz. Peygamber'in hanımlarını öpmesi veya dokunması ile ilgili rivayetleri şöyle yorumlamaktadır: Kişi hanımını sadece şehvet amacıyla öpmez, onu sevindirmek, ona saygısını veya sevgisini göstermek için de öpebilir. Nitekim Hz. Peygamber seferden döndüğünde Hz. Fatıma'yı öperdi. Öpme şehvetle de olabilir şehvetsiz de. Hz. Peygamber'in hanımlarını bir örtü üzerinden veya

63 Buhârî, “Salât”, 99; Müslim, “Salat”, 51, (h.no: 269/000- 271/000).

64 Aynî, Bedruddin Ebû Muhammed Mahmut b. Ahmet, (ö. 855/1451), *Umdetü'l-kâri şerhu Sahihi'l-Buhârî*, Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 2001, IV, 169-170.

65 Nevevî, Ebû Zekerriyya Muhyiddin Yahya b. Şeref, (ö. 676/1277), *el-Minhâc şerhu Sahihi'l-Müslim*, Daru İhyai'l-Turasi'l-Arabî, Beyrut 2009, III, 321.

66 Askalânî, Ahmet b. Ali b. Hacer, (ö. 852/1448), *Fethü'l-Bâri şerhu Sahihi'l-Buhârî*, Daru'l-Selam/Daru'l-Feyha, Riyad/Dımeşk 2000, I, 638. Fakat Şevkânî, bu bir tür yorumları zorlama olarak görmektedir. Ona göre burada bir dokunmanın olması kaçınılmazdır. Şevkânî, *Neylu'l-evtâr*, I, 195.

67 Aynî, *Umdetü'l-kâri*, IV, 170.

şehvetsiz öpmesi de muhtemeldir. Şehvetsiz öpmek ise abdesti bozmaz. Namazda iken hanımlarına dokunması da bunu göstermektedir.⁶⁸

Burada hadisçilerin yaklaşımına da değinmek gerekir. Hadisçilerin çoğu bu hadisleri abdest bahsinde değil, farklı yerlerde zikretmişlerdir. Örneğin İmam Mâlik, ilgili hadisleri, *Gece Namazı Hakkında Gelenler* babında; Müslim, *Namaz Kılanın Önünde Yatmak* babında; Buhârî, *Namazı Bir Şey Bozamaz Diyenler* ve benzeri bablarda; Ebû Davûd, *Kadının, Eşğın ve Köpeğin Namazı Bozmayacağı* bablarında ele almıştır. Sadece Nesâî hadisi, *Kişinin Karısına Şehvetsiz Dokunmasının Abdest Gerektirmediği* babında, ele almıştır.⁶⁹ Görüldüğü gibi bu rivayetleri kadına dokunmanın abdesti bozup bozmayacağı ile ilgili gören sadece Nesâî'dir. O da olayı, şehvetsiz dokunmanın abdesti bozmayacağına yorumlamıştır.

Delil gösterilen bir rivayet de şudur: “Hz. Peygamber mescitte namazda (veya namaz için) otururken bir şehvet his etmeksizin Hz. Aişe'nin ayağını tuttu.” Bu rivayet, Abdurrezzak= İbn Cüreyc= Abdulkerim= el-Hasenu'l-Basrî kanalıyla gelmiştir.⁷⁰ Ancak dikkat edilirse bu hadisi bir tabî olan el-Hasenu'l-Basrî doğrudan Hz. Peygamber'e isnad ederek rivayet etmiştir. Bu da hadisin Mürsel olduğunu göstermektedir. İsnad açısından zayıf olduğu için Şâfiî gibi senette ittisali şart koşanlar usulleri gereği rivayeti ihticaca elverişli görmemişlerdir.

UMAME BNT. EBİ'L-ÂS HADİSİ

Esasen bu rivayet bizce konu açısından fazla bir anlam ifade etmemektedir. Fakat bazı mezhepler kendi görüşleri açısından önemsedikleri için ilmi objektiflik açısından buraya almayı gerekli gördük. Hadis kitaplarında lafız farkı ve kısmen de farklı bir anlatımla geçen bu hadisin bazı varyantlarının müteradifli metni şöyledir: “Hz. Peygamber, kızı Zeynep ile Ebu'l-Âs b. Rebî'n kızı Umâme omuzunda (veya boynunda) iken namaz kılardı. Secdeye (veya rükûa) gittiğinde onu yere bırakır, kalkarken de geri alırdı.”⁷¹

Hanbelilere göre ister küçük ister büyük olsun mahreme dokunmak abdesti bozduğu için, onlar bu hadisi abdest açısından önemsemişlerdir. İbn Kudâme'ye göre Hz. Peygamber'in bu durumda Umâme'ye (tenine) dokunması kaçınılmaz-

68 İbn Kudâme (Muvafakuddin), *el-Muğnî*, I, 189.

69 Hangi muhaddisin bu hadisleri hangi bab altında ele aldıkları hakkında yukarıda geçen yerlere bakılabilir.

70 Abdurrezzak, *el-Musannef*, I, 136. (514 no'lu hadis)

71 Tüm varyantları için bkz., Buhârî, “Salat”, 106; Müslim, “Mesâcid”, 62, (h.no: 41-43/543); Ebû Davûd, “Salat”, 170, (h.no: 917-22); Nesâî, “Mesâcid”, 19, (h.no: 710).

dır. Fakat o şehvetsiz olarak dokunmuştur, zaten mahrem kişilere bu şekilde dokunmak abdesti bozmaz. Bu da gösteriyor ki, abdesti bozan şey, dokunmanın kendisi değil, mezi ve meninin çıkmasına ve abdestsizliğe sebep olan durumdur ki o da şehvet halidir.⁷²

Şehvet konusunda Hanbelilerden farklı düşünen İbn Hazm bu hadisle ilgili zorlama bir yoruma girmiştir. Ona göre rivayette Umame'nin cildinin Hz. Peygamber'in cildine dokunduğuna dair bir şey yoktur. Umame'nin giyinik ve ayağında çorap olması ihtimali büyüktür. Elbisesinin ayak ve ellerini örtecek şekilde olma ihtimali de vardır. Çünkü erkeklerin huzurunda bu şekilde giyinik olması daha evladır. Hadiste olmayan şeyi hadise izafe etmeye kimsenin hakkı yoktur. Zanna dayanarak ayetin vücûbu kesin olan hükmünü terk etmek helal değildir.⁷³

İbn Hazm bu iki olayın (Umame'yi omuzuna alması ve Hz. Aişe'nin, Hz. Peygamber secdede iken ayağına dokunması) vuku bulduğu ihtimalini de göz ardı etmiyor. Ona göre bu iki olayın ayetin inişinden sonra vuku bulduğuna dair bir şey yoktur. Kaldı ki bu ayet son inen ayetlerdendir. Şayet Hz. Peygamber'in namazda Umame'nin el ve ayaklarına dokunduğu sabit ise, bu ayetin nüzulünden önceki hal ile muvafıktır. Her halükarda şundan eminiz ki -onların söyledikleri doğru bile olsa- bu hüküm kesin bir şekilde mensuktur. Nasihı terk edip mensuh olan hükme dönmek helal değildir.⁷⁴ İbn Hazm'ın söyledikleri çerisinde en ilgi çeken nesh iddiasıdır. Araştırdığımız kadarıyla onun dışında nesh iddiasını ileri süren kimse yoktur. Aslında diğer mezheplerin nesh ihtimali üzerinde durmamaları bizce bir eksikliktir. Çünkü nesh varsa yukarıdaki tevillerin hiç birine gerek kalmaz.

Esasen Umame'nin bir çocuk olduğu, diğer tarafları örtülü olsa bile en azından ellerinin çıplak olduğu kesindir. Bu açıdan elleriyle Hz. Peygamber'in tenine dokunduğundan şüphe yoktur. Yoksa Hz. Peygamber'in başını veya boynunu tutmadan omuzunda durması nasıl mümkün olur ki? İbn Hazm'ın, Umame'nin erkeklerin huzurunda büyükler gibi giyinmiş olma ihtimalini öne sürmesi zorlamadan başka bir şey değildir. Yetişkin kadınların bile ellerini erkeklerin huzurunda örtmelerini emreden bir nass yokken, bir çocuktan bunu beklemek abestir.

72 İbn Kudâme, (Muvafakuddin), *el-Muğni*, I, 190.

73 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 136.

74 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, I, 136.

HZ. PEYGAMBER'İN HANIMLARINI ÖPTÜĞÜ FAKAT ABDEST ALMADAN NAMAZ KILDIĞI İLE İLGİLİ RİVAYETLER

Hanefilerin görüşlerine daha çok delil gösterdikleri rivayet, farklı senetlerle ve bir birine yakın lafızlarla Hz. Aişe'ye isnad edilen; “*Hz. Peygamber'in kendisini veya bazı hanımlarını öptüğü sonra da namaz kıldığı ve abdest almadığı,*” anlamındaki rivayetlerdir.⁷⁵

Konuyla doğrudan ilgili ve istidlale elverişli olduğu için, bu rivayet(ler)in sahih olup olmadığı üzerinde ciddiyetle durmak gerekir. Çünkü konu ile ilgilenen âlimleri en çok meşgul eden de bu anlamdaki rivayetler olmuştur. Bu rivayetlere daha çok müteahhir hadis kitaplarında yer verilmiş, senetlerinin sahih olup olmadığı ile ilgili değerlendirmeler yapılmıştır. Gördüğümüz kadarı ile bu anlamdaki rivayetlerin hepsini lafız ve rivayet farklılıkları ile beraber vermeye çalışan kişi Dârekutnî'dir. Bu açıdan biz de öncelikle O'nun ve bu rivayetleri değerlendiren Zeylâî'nin ve Dârekutnî'ye ta'lik yazan Azimabadî'nin bu rivayetlerle ilgili değerlendirmelerini eksen alarak bir sonuca varmaya çalışacağız. Ancak Dârekutnî'de geçen rivayetlerin bir kısmının zayıf olduğu sabit olduğundan, hepsini buraya alıp konuyu lüzumsuz yere uzatmaya gerek yoktur. Çünkü bizim hedefimiz bu konuda sahih bir hadis olup olmadığını tespit etmektir. Bu açıdan senedi hakkında farklı değerlendirmeler bulunan rivayetler ile senedi sahih görünen rivayetler üzerinde durmaya çalışacağız.

KONU İLE İLGİLİ RİVAYETLER VE BUNLARLA İLGİLİ DEĞERLENDİRMELER

Dârekutnî, Ebû Bekr en-Nisâburî=Abbas b. Mezyed=Muhammed b. Şuayb=Said b. Beşir= Mansur=Zühri=Ebû Seleme kanalıyla gelen rivayete göre Hz. Aişe, “*Hz. Peygamber namaza çıkacağı zaman beni öperdi ve abdest almazdı*”⁷⁶ buyurmuştur.

Meşhur muhaddisler isnatta yer alan Said b. Beşir'in sika olmadığı kanaatine sahiptirler. Dârekutnî'nin değerlendirmesi şöyledir: Said b. Beşir, Mansur ve Zuhri'den olan rivayetinde yalnız kalmıştır. Bu konuda ona uyulmaz, zaten hadiste güçlü biri de değildir. Zührî'nin Ebû Seleme tarikiyle Hz. Aişe'den rivayet ettiği

75 Cessâs, *Ahkâmü'l-Kurân*, II, 369. Kâsânî, *Bedâi'*, I, 30. Cessâs aynı rivayette, Hz. Aişe'nin; “*Hz. Peygamber oruçlu iken bizi öperdi*” kısmının da geçtiğini söylemektedir. *Age.*, ay.

76 Dârekutnî, Ali b. Ömer (ö. 385), *Sünenü'd-Dârekutnî*, (Tah. ve Ta'lik, Şuayb el-Arnaut ve diğ.), Müessesü'r-Risale, Beyrut 2004, I, 245-6. Dârekutnî, Said b. Beşir'e kadar iki sened daha vermektedir. *Bkz.*, *age.*, I, 246.

kesin (mahfuz) olan hadis, “Hz. Peygamber oruçlu olduğu halde öperdi” şeklinde olanıdır. Hadis hafızlarının Zühri’den rivayet ettiği de budur. Bunlar arasında Ma’mur, Ukeyl ve İbn Ebi Zi’b vardır. Nitekim Mâlik, Zuhri’den, “öpmeden dolayı kişinin abdest alması gerekir”, görüşünü rivayet etmiş ve, “Şayet Said b. Beşir’in Mansur kanalıyla Zühri’den rivayet ettiği sahih olsaydı, Zühri onun hilafına fetva vermezdi”⁷⁷ değerlendirmesinde bulunmuştur. Görüldüğü gibi Dârekutnî, hem Said b. Beşir’den dolayı hem de onun Mansur’dan olan rivayetinde yalnız kalmasından dolayı rivayeti zayıf görmektedir.

Zeylâî ve Dârekutnî’ye ta’lik yazan Azimabâdî, bu râvi ile ilgili başka muhaddislerin de değerlendirmelerini verirler: Zehebî, Ebû Misher’in onun için *Münkerü’l-Hadis* dediğini aktarmıştır. Buharî, onun hıfzı ile ilgili problem olduğunu, Yahya b. Main ve Nesâî ise onun zayıf bir râvi olduğunu söylemişlerdir. İbn Fellas ise, “İbn Mehdi ondan bize hadis rivayet ederdi, sonra onu terk etti” demiştir. Buna mukabil, İbnü’l-Cevzî, Şu’be ve Duheym’in onu sika saydıklarını aktarır. İbn Uyeyne’den, “Bize hadis rivayet ederdi ve hafız biriydi” sözü nakledilmiştir. Zeylâî, Hakim’in, el-Müstedrek’te ondan hadis rivayet ettiğini, İbn Adiy’in, “onun rivayetlerinde bir problem yoktur, genel kanaat onun sadık olduğudur” sözünü aktardıktan sonra kendi kanaatini; “Bunun benzeri durumlar için söylenecek asgari şey, kendisiyle istişhad edilebileceğidir,”⁷⁸ şeklinde belirtmektedir.

Görüldüğü gibi Zeylâî, diğer önemli muhaddislerin değerlendirmesini bir tarafa bırakıp sadece Hakim’in ve İbn Adiy’in kanaatini esas almıştır. Oysa Buharî, Nesâî, İbn Main ve Dârekutnî gibi muhaddislerin sika görmediği bir râvi için *bir problem yoktur demek* ikna edici değildir. Ancak Dârekutnî’nin özellikle Said b. Beşir’in bu rivayette Mansur ve Zuhri’den yalnız kaldığına dair tespiti de görmezden gelinemez; çünkü bu husus, sadece râvinin değil rivayetin de problemliliğini göstermektedir.

Dârekutnî= en-Nisâburî=Hacib b. Süleyman= Vekî’=Hişam b. Urve= O, babasından: Hz. Aişe’den; “Hz. Peygamber bazı hanımlarını öptü, sonra abdest almadan namaz kıldı.” hadisini rivayet etmiştir. Dârekutnî, senette bulunan Hacib b. Süleyman’ın Vekî’den olan rivayetinde yalnız kaldığını (تفرد به) ve vehme düştüğünü ifade etmekte; Vekî’den gelen doğru rivayetin, Hz. Peygamber oruçlu olduğu halde öperdi şeklinde olanıdır, tespitinde bulunmaktadır. Akabinde, Hacib’in kitabı yoktu, o hafızasından rivayet ediyordu, demektir.⁷⁹

77 Dârekutnî, *es-Sünen*, I, 246.

78 Zeylâî, Cemaluddin Ebû Muhammed Abdullah b. Yusuf (ö. 762/1360), *Nasbu’r-râye li tahriri’l-Ehadisi’l-Hidâye*, Daru’l-Kible ve diğ., Cidde, ts., I, 74; Azimabâdî, *et-Ta’likü’l-Muğni*, I, 246-7.

79 Dârekutnî, *es-Sünen* I, 247.

Dârekutnî'nin değerlendirmesine katılmayan Zeylâî, *Nisâburi*, meşhur bir İmam'dır, Hacib'le ilgili bir ta'n ise bilinmemektedir. Nesâî'i ondan hadis rivayet etmiş ve onu sika saymıştır. İsnadın geri kalan kısmı ise sorgulanamaz, değerlendirmesinde bulunmaktadır. Yalnız kaldığı şeklindeki eleştiriye ise, "bu, bir sikanın yalnız kalmasıdır, denebilir", itirazında bulunmaktadır. Hafızasından rivayet ettiği hususuna gelince, eğer hıfzından rivayet ettiği için hadisini terk edecek düzeyde hata yapıyorsa o zaman sika sayılmaz. Fakat Nesâî onu sika saymıştır. Eğer onu sika olmaktan çıkarmayı gerektiren faktörler yoksa yanılmamış olabilir. Onun yanıldığı kanaati, çoğunluğa muhalefet etmesinden dolayıdır.⁸⁰ Görüldüğü gibi Zeylâî ve Azimâbâdî de Hacib'in yanılmadığını kesin bir şekilde ifade edememektedirler. Zaten Dârekutnî de onun sika olmadığını söylemiyor, çoğunluğa muhalefetin bu rivayeti için bir kusur olduğunu söylüyor.

Tirimizî'ye şerh yazan A. Muhammed Şakir de hadisin sahih bir hadis olduğunu, Ebû Hatim ve Nesâî gibi âlimlerin Hacib'i sika saydığını, Dârekutnî dışında kimsenin onunla ilgili bir kusur dile getirmediğini ifade etmekte; Dârekutnî'nin değerlendirmesi için o da Zeylâî'nin, delilsiz zorlama ve hüccet olmadan râvî hakkında hüküm verme nitelemesi kullanmaktadır. Dârekutnî'nin, Vekî'den gelen doğru rivayetin, Hz. Peygamber oruçlu olduğu halde öperdi şeklindeki ifadesi için ise; burada iki farklı rivayet vardır, rivayetin biri oruçlunun, diğeri ise abdestlinin öpmesi ile ilgilidir, bunlar iki farklı hadis olup birinden dolayı diğeri muallel hale gelmez,⁸¹ demektedir.

A. M. Şakir'in son değerlendirmesi, Dârekutnî'nin söylemek isteği ile alakasız durmaktadır. Çünkü Dârekutnî, Vekî'den gelen meşhur rivayetin oruçlunun öpmesi ile ilgili olduğunu, Hacib'in farklı olan rivayetinde yalnız kaldığını, bir şahidin olmadığını, bunun da rivayeti için bir kusur olduğunu ifade ediyor. Çünkü bu dönemde hadis rivayet işi oldukça yaygınlaşmış olduğundan bir râvinin böyle önemli bir konuda yalnız kalması kusur sayılmaya başlanmıştır. Zeylâî'nin de Azimâbâdî'nin de M. Şakir'in de görmek istemediği nokta burasıdır.⁸²

80 Zeylâî, *Nasbu'r-Râye*, I, 74; Azimâbâdî, *et-Ta'likü'l-Muğni*, I, 247-8.

81 Ahmed Muhammed Şakir, *Sünenü't-Tirmizî, Tahkik ve Şerh*, Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut ts., I,136.

82 Meseleyi biraz açmak gerekirse, bildiği gibi karşı cinse dokunmakla abdestin bozulup bozulmayacağı ihtilaflı bir meseledir. Hakkında sahih bir hadisin olup olmadığı mezhepler/âlimler arasında ihtilaflı olan bu meselede bir râvî, Vekî' b. Cerrah gibi meşhur bir hadis İmamı'ndan, bir tarafın görüşünü destekleyen bir hadis rivayet ediyor, fakat bunu, ondan başka da Vekî'den duyan kimse bulunmuyor. Üstelik bu rivayet, hadis rivayetinin çok yaygın olduğu bir dönemde yapılıyor. İşte Dârekutnî'nin itirazı bunadır. Böylesi bir meselede Vekî' gibi biri sahih bir hadis rivayet etti ise diğeri sika râviler bunu nasıl atladı. Bunun izahı yoktur.

Dikkat çeken bir rivayet de şudur: Dârekutnî, İbn Ebî Davud=İbn Musaf-fa= Bekiyye= Abdulmelik b. Muhammed= Hişam b. Urve= o, Babası Urve b. Zubeyr'den, Hz. Aişe'nin; *öpmeden dolayı abdest yoktur*, dediğini rivayet etmiştir.⁸³

Ne hadisi rivayet eden Dârekutnî ne de ona ta'lik yazan Azimâbâdî bu rivayetin senedi ile ilgili olumlu veya olumsuz bir şey söylemiştir. Senediyle ilgili olumsuz bir şey söylenmeyen bir rivayet de şudur: Dârekutnî = Ebû Bekr en-Nisâburî= Abbas b. Velid b. Mezyed= Muhammed b. Şuayb = Şeyban b. Abdurrahman= Hasan b. Dinar = Hişam b. Urve= o, babası Urve b. Zubeyr'den= o da bir adamın; "*Ben Hz. Aişe'ye abdestten sonra hanımını öpen adamın durumunu sordum. "Resulullah bazı hanımlarını öper ve tekrar abdest almazdı" dedi. Ona, "eğer bu olduysa o senden başkası değildir", dedim. O ise sustu.*"⁸⁴ Galiba bu rivayetteki problem, Urve b. Zubeyr'in kendisinden rivayette bulunduğu adamın kim olduğunun bilinmemesidir.

Dârekutnî, Ata'nın Hz. Aişe'den rivayet ettiği: "*Hz. Peygamber, (hanımlarını) öper fakat abdest almadan namaz kılar*", rivayetinin iki senedini vermekte, senetlerden birinde bulunan Velid b. Salih'in, Abdülkerim el-Cezerî konusunda yanlışlığını ifade etmektedir.⁸⁵ Doğru olan rivayetin es-Sevrî'nin, Abdülkerim'den, onun da Ata'dan yaptığı rivayet olduğunu söylemektedir. Bu rivayete göre, Ata, "*öpmeden dolayı abdest yoktur*" demiştir.⁸⁶

Dikkat edilirse, bu rivayette, söz Ata'ya nisbet edilmiştir. Fakat Zeylâî ve Azimâbâdî, Dârekutnî'nin bu tespitine itiraz etmektedirler. Onlara göre, Abdülkerim'in, hadisi Ata yoluyla Hz. Aişe'ye ref etmesi ziyade (yani ek) bir rivayettir. Ziyade ise makbuldür, bu durumda hüküm merfû' olan rivayete bina edilir. Mümkündür ki, Ata bir defasında onunla fetva vermiştir, bir defa da merfû' olarak rivayet etmiştir.⁸⁷

83 Darekutî, *es-Sünen*, I, 248.

84 Darekutî, *es-Sünen*, I, 248-49. Dârekutnî, aynı metni farklı bir senetle de vermektedir. Bkz. *age.*, ay.

85 Darekutî, *es-Sünen*, I, 249. Zeylâî, Bezzar'ın da bu hadisi Abdülkerim'den rivayeti ettiğini senediyle birlikte verdikten sonra; Malik'in, Buharî'nin, Müslim'in ve diğer birçok sika ravinin Abdülkerim'i sika saydığını ve ondan hadis rivayet ettiğini delil göstererek rivayeti aklamaya çalışmaktadır. Akabinde, Darekutî'nin bu hadisi başka bir tarikten de Abdülkerim'den naklettiğini vurgulayarak, sanki kendisiyle tenakuza düşüğünü ima etmektedir. Zeylâî, *Nasbu'r-Râye*, I, 74; Azimâbâdî, *age.*, I, 249-50. Oysa Dârekutnî, Velid'in, Abdülkerim hakkında yanlışlığını söylemektedir. Ayrıca, İbn Main'in, Abdülkerim'in Ata'dan olan rivayetin *redi* yani değersiz bir rivayet olduğunu, çünkü bunun mahfuz olmadığı şeklindeki değerlendirmesini kendisi de aktarmaktadır. Fakat ne hikmetse, diğerlerinde yaptığı gibi, burada da, sikanın infiradı hadise zarar vermez, ifadesini kullanmakta, akabinde ise, ancak bu abdest ayetinin nüzulünden önce olabilir ya da İbn Abbas'ın dediği gibi, mülâme cima anlamında olabilir, deyip rivayeti kurtarmaya çalışmaktadır. Zeylâî, *Nasbu'r-Râye*, I, 74; Azimâbâdî, *et-Ta'likü'l-Muğni*, I, 250.

86 Darekutî, *es-Sünen*, I, 250.

87 Azimâbâdî, *et-Ta'likü'l-Muğni*, I, 250.

Burada asıl üzerinde duracağımız, Ebû Davûd, Tirmizî, İbn Mâce;⁸⁸ ve Dârekutnî'nin farklı tariklerle, Veki'=A'meş= Habib b. Ebî Sabit= Urve (hangi Urve olduğu tartışmalıdır) O'nun da Hz. Aiş'e'den yaptığı şu rivayettir: “Hz. Peygamber bazı hanımlarını öptü sonra namaza çıktı fakat abdest almadı. Ona, O, senden başkası değil, dedim. O da güldü.”⁸⁹

Bu konuda üzerinde en çok durulan rivayet budur. Bu rivayetle ilgili çeşitli değerlendirmeler yapılmıştır. Dârekutnî, Ebû Berk en-Nisabûrî'den, Onun da Abdurrahman b. Bişr'den naklettiğine göre, Yahya b. Said'in yanında, A'meş'in Habib'ten, onun da Urve'den naklettiği hadisten bahsedilince, Yahya demiş ki: Bunu en iyi Süfyan-ı Sevrî bilir. Ona göre, es-Sevrî, Habib'in, Urve'den bir şey duymadığı kanaatindeydi. Yine Dârekutnî'nin rivayet ettiğine göre, Ali b. Medeni, Yahya b. Said'in yanında, A'meş=Habib=Urve isnadıyla Hz. Aiş'e'den rivayet edilen; *özürlü kadın kamı hasıra damlayıncaya kadar namaz kılmaya devam eder* şeklindeki hadis ile, öpme ile ilgili rivayet zikredilince, Yahya'nın, benden, bu iki rivayetin bir kıymetinin olmadığını aktarabilirsin, dediğini nakleder.⁹⁰

Ebû Davud, yukarıdaki hadisi ayrıca, İbn Mağra=A'meş= O, bir kısım arkadaşlarından= Onlar da Urvetü'l-Müzenni'den= o da Hz. Aiş'e'den rivayet etmiştir. Ebû Davûd da, Yahya b. Said'in yukarıdaki sözlerini aktarmış, ancak onun rivayetinde özürlü kadınla ilgili kısım, *özürlü kadın her namaz için abdest alır*, şeklinde geçmektedir. Ebû Davûd da Süfyan-ı Sevrî'nin yukarıda geçen sözünü aktarmakta, bunun, Habib'in onlara, Urve b. Zubeyr'den bir şey rivayet etmediği anlamına geldiğini ifade etmekte, “Oysa Hamzatü'z-Zeyyât Habib'ten, O Urve b. Zubeyr'den, O da Hz. Aiş'e'den bize sahih bir hadis rivayet etmiştir,” demek suretiyle, bu konuda Süfyan-ı Sevrî'ye katılmadığını ima etmektedir.⁹¹

Tirmizî de hadisin A'meş'den gelen tarikini rivayet etmekte ve şu değerlendirmeyi yapmaktadır: Bizim arkadaşlarımız, isnadını sahih görmediklerinden Hz. Aiş'e'ye isnad edilen rivayeti terk etmişlerdir. Ayrıca O da Yahya b. Said'in bu rivayeti zayıf gördüğünü Ali b. Medeni'den aktarmakta; ilaveten, “Ben, Buharî'den, bu hadisi zayıf saydığımı, Onun, **Habib b. Ebi Sabit, Urve'den bir şey duymamıştır, dediğini duydum,**” ifadelerini kullanmaktadır. Devamla, İbrahim et-Teymî'nin, Hz.

88 Ebû Davûd, “Tahâre”, 69, (h.no: 179); Tirmizî, “Tahâre”, 63, (h.no: 86); İbn Mâce, “Tahâre”, 69, (h.no: 502).

89 Dârekutnî, *es-Sünen*, I, 251. İbn Malic'in Ali b. Hişam tarihiyle A'meş'ten yaptığı rivayet, Hz. Aişe, “Hz. Peygamber bazı hanımlarını öper, sonra namaz kılar fakat abdest almazdı...” şeklindedir. Burada sadece sığa ve kısmen de lafız farkı var. age., a.y. Ayrıca bkz. İbn Hanbel, 25766.

90 Bu ifadeler için bkz., Nesâî, “Tahâre”, 121; Beyhâkî, *es-Sünen*, I, 126; Dârekutnî, *es-Sünen*, I, 254.

91 Ebû Davûd, “Tahâre”, 69, (h.no: 180).

Aişeden, rivayet ettiği hadisin de sahih olmadığını, et-Teymî'nin, Hz. Aişeden bir şey duyduklarına dair bir şey bilmediklerini ifade ettikten sonra; *Hz. Peygamber'den bu konuda gelen sahih bir rivayet yoktur*,⁹² şeklinde kesin bir kanaat ortaya koyar. Beyhâkî de bu rivayetin dönüp dolaşıp Urve b. Müzennî'ye ulaştığını O'nun da meçhul biri olduğunu ifade etmektedir.⁹³ İbn Kudâme ise Ahmed b. Hanbel'den şunu aktarır: Her iki hadiste de yanılma vardır. Çünkü İbrahim et-Teymî'nin Hz. Aişeden hadis duyması mümkün değildir. Adı geçen Urve de, *Urvetü'l-Müzennî'dir*" der, Referans olarak da es-Sevrî'nin, yukarıdaki sözünü aktarır.⁹⁴

Hadis ile ilgili değerlendirme yapan Zeylâî, (Azimâbâdî de ona tabi olmaktadır) ise hem Tirmizî'nin hem Dârekutnî'nin es-Sevrî'den aktardığı, *Habib b. Ebi Sabit'in Urveden bir şey duymadığı* ile ilgili iddiasını boşa çıkarmaya çalışmaktadır. Tirmizî'nin bu hadisi kesinlikle Urve'ye (İbn Zübeyr'i kast etmektedir), nisbet etmediğini; Oysa İbn Mâce ve Dârekutnî'nin Onu İbn Zübeyr'e nisbet ederek rivayet ettiklerini senediyle beraber verdikten sonra, Dârekutnî'den, *bu senedin bütün adamları sikadır*, sözünü aktarmaktadır.⁹⁵

İşin aslına bakılırsa, Tirmizî senette Urvey'i mutlak olarak zikretmiştir. Bunun hangi Urve olduğu kesin değildir, Zeylâî, bunun Urvetü'l-Müzennî olduğu kanaatindedir. Beyhâkî'nin, *bu rivayet Urvetü'l-Müzennî'ye varmaktadır*, sözü için; "Aksine bu rivayet İbn Mâce'nin sahih bir senetle tahrir ettiği üzere Urve b. Zübeyr'e ulaşmaktadır. Ebû Davûd'un (aynı zamanda Tirmizî'nin s.b.) hakkında konuştuğu kişi Urvetü'l-Müzennî'dir. Abdurrahman b. Mağra bazı meçhul şahıslar vasıtasıyla ondan bu hadisi rivayet etmiştir. İbn Mağra, hakkında konuşulan/güvenilmeyen bir kişidir. Ali b. Medenî ve İbn Adıyy, '*hadisine güvenilmez*' demişlerdir. Azimâbâdî burada, Ebû Davûd'un, Süfyan-ı Sevrî'den aktardığı yukarıda geçen sözüne de değinmekte, fakat Ebû Davûd'un Sevrî'nin ifadelerini tasvip etmediğine dikkat çekmektedir.⁹⁶ Beyhâkî'nin, bu Urvetü'l-Müzennî'dir, sözü için, *birçok hadiste olduğu gibi Habib'in bunu hem Urve b. Zübeyr'den hem de Urvetü'l-Müzennî'den duyması muhtemeldir*, demektedir. İbn Abdilberr'in, Kufeliler, bu hadisin sahihliğini sika râvilere dayandırarak tespit etmişler, Habib'in Urve'yi gördüğünden şüphe yoktur, çünkü ondan yaşça büyük olanlardan hadis rivayet etmiş ve ondan önce ölmüştür, değerlendirmesinde bulunmaktadır.⁹⁷

92 Bkz., Tirmizî, "Tahâre", 63, (h.no:86).

93 Beyhâkî, *es-Sünen*, I, 126.

94 İbn Kudâme, *el-Muğnî*, I, 188.

95 Zeylâî, *Nasbu'r-râye*, I, 72; Azimâbâdî, *et-Ta'liku'l-Muğnî*, I, 252.

96 Sevrî'nin sözü ve Ebû Davûd'un söyledikleri yukarıda geçti.

97 Zeylâî, *Nasbu'r-Râye*, I, 72. Azimâbâdî, hadisi savunurken genellikle Zeylâî'nin söylediklerini olduğu gibi aktarır. Bkz., *et-Ta'liku'l-Muğnî*, I, 252-3. İbn Abdilberr'in söyledikleri için bkz., *el-İstizkâr*, III, 52, 53.

M. Şakir de hadisin sahih olduğunu savunmaktadır. O, Habib'in Urve'den olan rivayetinde yalnız olmadığına, Dârekutnî'de geçen, Hişam b. Urve'nin babasından yaptığı rivayeti şahit göstermektedir.⁹⁸ Oysa M. Şakir'in istişhad ettiği hadis, Hacib b. Süleyman'ın, Veki'den rivayet ettiği hadistir. Hâlbuki yukarıda geçtiği üzere Dârekutnî, Hacib'in, Veki'den olan rivayetinde yalnız kaldığını bu açıdan rivayetin zayıf olduğunu belirtmiştir. Dârekutnî'nin zayıf gördüğü bir rivayeti, başka zayıf bir rivayetin sahihliğine şahit (delil) yapması hadis tekniği açısından yanlış bir yöntemdir. Çünkü bir zayıf rivayet diğer bir zayıf rivayeti sahihlik seviyesine yükseltmez.

A. Muhammed Şakir, Zeylâi ve Azimâbâdî'nin söylediklerine ilaveten Ahmed b. Hanbel'in de bu hadisi Urve b. Zubeyr'den rivayet ettiğini delil göstererek bunun Urve b. Zübeyr olduğu kanaatini izhar etmektedir. M. Şakir kendince başka gerekçe ve deliller de sunduktan sonra, *"bu hadis sahihdir onda bir illet yoktur. Bazıları, onun sıhhati için kusur sayılmayacak şeylerle illetli göstermeye çalışmışlardır,"* değerlendirmesinde bulunmakta; *"bu (söylediklerim), hadislerin ta'lili konusunda bir mezhep veya bir âlimi taklit taassubundan uzak sahih bir tahkiktir,"* ifadesini kullanmaktadır.⁹⁹

Bir hadisin sahih olup olmadığına karar vermenin ne kadar zor olduğu bu örnekten çok daha iyi anlaşılmaktadır. İlginç olanı, hadisle ilgili tarikler ve değerlendirmeler arttıkça karışıklıkların da o nispette artmış olmasıdır.

Burada Ebû Hanife ve ilk Hanefilerin esas aldıkları rivayetler üzerinde de durmak gerekir. Hanefilerin görüşlerine delil yaptıkları rivayetlerden biri; Süfyan-ı Sevri, Ebû Ravk= İbrahim b. Yezid et-Teymî kanalıyla Hz. Aişe'den rivayet ettiği, *"Hz. Peygamber bazı hanımlarını öperdi, sonra abdest almadan namaz kılarıdı,"* şeklinde olanıdır. Bu rivayeti lafız farkıyla veren Nesâî, Ebû Davûd ve Dârekutnî bu hadisin Mürsel olduğunu, çünkü İbrahim et-Teymî'nin, Hz. Aişe'den bir şey duymadığını ifade etmektedirler. Nesâî, Mürsel de olsa bu konuda en iyi hadis budur, demektedir.¹⁰⁰

Çeşitli tariklerle Ebû Hanife'den gelen rivayet ise şöyledir: Ebû Hanife, Ebû Ravk el-Hemedanî'den, O, İbrahim b. Yezid (et-Teymî)'den, O da Hz. Hafsa'dan, *"Hz. Peygamber namaz için abdest alırdı, sonra öperdi fakat (namaz için) abdestini yenilemezdi,"* sözünü rivayet etmiştir.¹⁰¹

98 A. Muhammed Şakir, *Sünenü't-Tirmizî, Tahkik ve Şerh*, I, 136.

99 Bkz., A. Muhammed Şakir, *Sünenü't-Tirmizî, Tahkik ve Şerh*, I, 134-8.

100 Nesâî, "Tahâre", 121, (h.no: 170); Ebû Davûd, "Tahâre", 69, (h.no: 178). Hadisin farklı tarikleri için bkz Dârekutnî, *es-Sünen*, I, 254-6.

101 Dârekutnî, *age.*, I, 257.

Dârekutnî bu iki rivayetle ilgili şöyle demektedir: Ebû Ravk'tan başka kimse bu hadisi İbrahim et-Teymî'den rivayet etmemiştir; es-Sevrî ve Ebû Hanife'den başka da kimse hadisi Ebû Ravk'ten rivayet etmemiştir. Üstelik isnatta ihtilaf edilmiştir. Çünkü es-Sevrî hadisi Hz. Aişe'ye isnad ederken, Ebû Hanife Hz. Hafsa'ya isnad etmiştir, ancak ikisi de irsal yapmışlardır. Zira İbrahim et-Teymî, ne Aişe'den ne de Hafsa'dan bir şey duymuştur, onların zamanına da yetişmemiştir.¹⁰²

Beyhâkî de, İbrahim'in, Hz. Aişe'den ve Hz. Hafsa'dan bir şey duymadığını belirtmekte, “*bu konuda Hz. Aişe'den gelen sahih hadis, oruçlunun hanımını öpmesi ile ilgili olanıdır; ancak zayıf râviler onu, öpmeden dolayı abdest gerekmediğine hamlettiler. Eğer sahih olsaydı onunla amel ederdik*”, değerlendirmesinde bulunmaktadır.¹⁰³

Bununla beraber, Dârekutnî, bu hadisin muttasıl bir senedle de rivayet edildiğini aktarmaktadır. Bu rivayet, Dârekutnî, Muaviye b. Hişam, Ebû Ravk'tan, O, İbrahim et-Teymî'den, O babasından, O'nun da, Hz. Aişe'den yaptığı rivayettir. Ancak Dârekutnî, rivayet edilen hadisin lafzında ihtilaf edildiğine dikkat çekmektedir. Zira Osman b. Ebî Şeybe, Muaviye'den bu senedle, “*Hz. Peygamber oruçlu olduğu halde (hanımlarını) öperdi*” sözünü rivayet ederken; onun dışındakiler aynı senedle, “*Hz. Peygamber (hanımlarını) öperdi fakat abdest almadan namaz kılardı*” şeklinde rivayet etmişlerdir¹⁰⁴ Dârekutnî'nin hadisi, bu haliyle problemlidir (muzdarip) gördüğü anlaşılmaktadır.

Fakat buna rağmen Zeylâî, rivayetin muttasıl ve râvilerin sika olduğundan hareketle hadisin sahih olduğunu savunmakta, Azimâbâdî de onu destelmektedir.¹⁰⁵ Oysa Dârekutnî'nin işaret ettiği husus ciddi bir kusurdur ve hadislerle amel etmeye engeldir. Aynı senedle konusu bir fakat manası farklı iki hadis rivayet edildiği halde bunların iki farklı rivayet olduğuna dair bir açıklama yapılmamıştır. Belli ki râvinin biri metni yanlış aktarmıştır. Rivayetle ilgili bu problem çözülmeyen zahiren senedi sahih görülse bile onunla amel etmek caiz değildir.

Zeylâî, Beyhâkî'nin değerlendirmesi için ise, *bu, zahiri bir delile dayanmaksızın râvileri zayıf göstermektir, oysa (hadislerdeki) iki mana farklıdır, bu açıdan biri bırakılıp diğeri alınmaz*, ifadelerini kullanmaktadır.¹⁰⁶ Bizce Zeylâî'nin bu eleştirisi de yerinde değildir; çünkü Hz. Peygamber oruçlu iken öperdi hadisi farklı ka-

102 Dârekutnî, *age.*, I, 256. İbn Abdilberr de bu rivayetin Mürsel olduğunun çünkü İbrahim et-Teymî'nin Hz. Aişe'den bir şey duymadığını ifade etmektedir. Bkz., *el-İstizkâr*, III, 53.

103 Beyhâkî, *age.*, I, 126-7.

104 Dârekutnî, *age.*, I, 256.

105 Zeylâî, *Nasbu'r-Râye*, I, 73; Azimâbâdî, *et-Ta'lik.*, I, 255-6.

106 Zeylâî, *Nasbu'r-Râye*, I, 73; Azimâbâdî, *et-Ta'lik.*, I, 256.

nallardan da sahih bir şekilde gelmiştir ve sahih olduğu konusunda ittifak vardır. Oysa bu çalışmada da görüldüğü gibi meşhur muhaddislerin çoğu öpme ile ilgili hadisin sahih ve müsned olmadığı kanaatindedirler. Kaldı ki mana farklı olsa da iki hadis de neyin abdesti bozacağı ile ilgili olduğu için konu birliği vardır. Bu açıdan karışma ihtimalleri fazladır. Bir değil birkaç rivayette, Vekî gibi meşhur bir râviden sonra, senetteki râvilerin bire bir aynı olması tesadüfle izah edilemez. Dolayısı ile Beyhâkî'nin iddiasını destekleyen güçlü karineler vardır.

Son olarak vereceğimiz rivayet şudur: Abdurrezzak= İbrahim b. Muhammed'den= O, Ma'bed b. Nebate'den= O, Muhammed b. Amr'dan= O, Urveden= O da Hz. Aişe'den şöyle rivayet etmiştir: “Hz. Peygamber beni öptü, fakat abdestini tazelemedi”. ez-Za'ferânî, bu rivayetle ilgili Şâfiî'nin; “Eğer Ma'bed b. Nebate'nin öpme ile ilgili hadisi sabit (sahih) olsaydı öpme ve dokunmada bir beis görmezdim, fakat ben bu Ma'bed b. Nebate'nin hali hakkında bir şey bilmiyorum. Eğer sika biri ise, delil Hz. Peygamber'den rivayet edilendir,” dediğini aktarmıştır. Rivayeti veren İbn Abdilberr, “Ma'bed meçhul biridir, bize göre onun rivayet ettikleri hüccet olmaz,”¹⁰⁷ değerlendirmesinde bulunmaktadır.

BU RİVAYETLERLE İLGİLİ GENEL BİR DEĞERLENDİRME

Farklı senetler ve farklı metin versiyonları ile rivayet edilen; “Hz. Peygamber'in hanımlarını öptüğü fakat abdest almadan namaz kıldığı” anlamındaki hadislerin sahih olup olmadığı üzerinde ciddi bir ihtilaf olduğu açıktır. Bu ihtilafta ayette geçen mülânese kelimesine verilen anlamın etkili olduğu kendisini açıkça belli etmektedir. *Mülânese ile cima kast edilmiştir* görüşünde olanlar, bu konudaki rivayetlerin sahih olduğunu savunmuşlardır. *Ayette mülânese elle dokunma anlamında kullanılmıştır* diyenler ise, bu konuda sahih bir rivayet olmadığını savunmuşlardır. Bu yaklaşımı, daha çok Zeylâî, Azimabadî, İbn Hacer, Nevevî ve İbn Kudâme gibi bir mezhebe bağlı âlimlerde görmek mümkündür. Bu açıdan hicri II. ve III. asrın muhaddis ve fakihleri ile mezheplerin istikrar bulmasından sonraki dönemlerin muhaddis ve fakihlerinin rivayetlerle ilgili değerlendirmeleri arasında objektiflik farkı ortaya çıkmıştır. Sonraki asırlarda kendi mezhebinin görüşünü haklı çıkarma sâik ve gayreti rivayetleri ve değerlendirmeleri içinden çıkılmaz hale getirmiştir. Kanaatimizce bu rivayetlerle ilgili isabetli bir değerlendirme yapmak için mezhep kaygısı ile hareket etmeyen tedvin dönemi muhaddis ve âlimlerinin değerlendirmelerini esas almak daha doğru bir yöntem olacaktır.

107 İbn Abdilberr, *el-İstizkâr*, III, 54.

Önce sahabe ve tabiûn âlimlerinin bu rivayetlerdeki yerine ve kanaatine bakalım. Bu rivayetlerin senetlerine baktığımız zaman hiç birinin, ilimle meşhur olmuş bir sahabeye isnad edilmediğini görürüz. Hiç bir meşhur sahabeden Hz. Peygamber'den veya eşlerinden *öpmenin/dokunmanın abdesti bozup-bozmadığına* dair bir şey rivayet edilmemiştir. Eğer sahabe döneminde böyle bir bilgi var idiye, kişinin hanımını öpmesinin abdesti bozmadığı görüşünde olan İbn Abbas niçin bu kanaatini bir habere değil de, mülâmesenin Arap dil örfünde cimadan kinaye olarak kullandığı esasına dayandırmıştır? Eğer Hz. Aişe veya Hafsa böyle bir şey söylediye, nasıl oldu da hiçbir meşhur sahabe bunu duymadı. Dahası Hz. Ömer, Abdullah b. Mesûd, İbn Ömer ve Salim b. Abdullah gibi meşhur sahabilerin aksi görüşte olmaları onlara böyle bir haberin ulaşmadığını göstermiyor mu? Böyle bir haber var idiye nasıl oldu da bu meşhur sahabilere ulaşmadı? Eğer ulaştı ise muhalefet etmelerinin bir izahı var mı? Bizce bu konudaki rivayetlerin en zayıf yanı budur.

Bunun yanında makalenin çeşitli yerlerinde geçtiği gibi Ebû Hanifé'nin hocaları olan İbrahim en-Nehâî ve Hammad b. Süleyman dâhil tabiûn âlimlerinin çoğunluğu namahrem olan karşı cins dokunmanın abdesti bozacağı görüşündedirler. Bu husus, tabiûn âlimlerinin kahr ekseriyetinin bu rivayetleri sahih görmediklerini ve itibar etmediklerini göstermektedir. Zuhri, Mâlik, Şâfiî, Yahya b. Main, Yahya b. Saîd, Buhârî, Müslim, Nesâî, Tirmizî gibi hicri II. ve III. asrın bir mezhebin tesirinde hareket etmeyen muhaddis ve fakihlerinin çoğunluğu bu konuda müsned-sahih bir rivayetin olmadığını, var olanların da Mürsel olduğu hususunda neredeyse müttefiktirler. Tedvin dönemi kitaplarında geçen üç rivayet vardır. Bunlardan, Ebu Hanife ve Süfyan-ı Sevrî'nin, Ebû Ravk ve İbrahim b. Yezid et-Teymî kanalıyla, birinin Hz. Aişe diğerrinin Hz. Hafsa'ya isnad ederek rivayet ettiği hadisin Mürsel olduğu hususunda ittifak vardır. Çünkü et-Teymî ne Hz. Aişe'yi ne de Hz. Hafsa'yı görmüştür. Bu dönem kitaplarında yer alan diğerr rivayet, Urve'ye nisbet edilendir. Tedvin dönemi muhaddislerinin çoğu bunun Urvetü'l-Müzennî olduğu kanaatinde olduklarından hadisi sahih görmemişlerdir. Ancak Zeylâî ve Azimabadî gibi bazı müteahhir hadis münekkitleri bunun Urve b. Zubeyr olduğunu, dolayısı ile hadisin sahih olduğunu savunmuşlardır. İşin içine mezhep saiki girdiğinden yapılan değerlendirmelerde tarafsız davranıldığını söylemek gerçekten zordur. Meşhur hadis imamlarının zayıf dediği rivayetlerin, Zeylâî ve Azimabadî tarafından sahih kabul edilmesi başka nasıl izah edilebilir? Diğerr ise Ma'bed b. Nebate'nin rivayet ettiği hadistir. Ma'bed'in meçhul biri olduğu, hadisiyle ihticac edilemeyeceği konusunda fazla bir ihtilaf yoktur.

Sonraki dönemlerde ise bu rivayetlerin tarikleri artmış ve işin içinden çıkılmaz hale gelmiştir. Çünkü bir yandan zayıf râvilerin içerisinde yer aldığı tarikler ortaya çıkmış, bir yandan da ilk dönemlerde Mürsel olarak rivayet edilen hadislere müsned/muttasil senetler bulunmuştur. Bunların çoğu önceki Cami ve Sünen'lerde ya yoktur ya da Mürsel bir senetle yer almaktadır. Örneğin İbrahim b. Yezid et-Teymî'nin Hz. Aişe'den Mürsel olarak rivayet ettiği hadisi, Hacib b. Süleyman, isnada İbrahim et-Teymî'nin babasını ilave ederek Veki'den müsned bir şekilde rivayet etmiştir. Yine Zührî'den, kendi görüşüyle zıt hadis rivayet edilmiştir. Daha önce başka örnekler de geçti. Konu ile ilgili bütün rivayetleri veren Dârekutnî, müsned-sahih görülen versiyonları dâhil, bu rivayetlerin ya senedinde ya da metninde problem olduğunu bazen açıkça, bazen de ima yoluyla ifade etmektedir.¹⁰⁸ Daha önce geçtiği üzere Dârekutnî'nin, müsned-sahih görülen versiyonları ile ilgili dile getirdiği kusurlar, bizce ciddidir, bunların sahih olduğunu savunanların gösterdikleri gerekçeler ise ikna edici olmaktan uzaktır. Nesâî, Tirmizî ve Dârekutnî'nin de belirttiği gibi bu konuda en sahih görülen rivayetler, yukarıda da geçtiği üzere Mürseldir.

Zeylâî, delilsiz iddia dese de, Beyhakî'nin, zayıf râvilerin Hz. Aişe'den gelen, *oruçlunun hanımını öpmesi ile ilgili hadisi, öpmeden dolayı abdest gerekmediğine* hamlettikleri şeklindeki değerlendirmesi aslında hepten delilsiz değildir. Çünkü Dârekutnî'nin öpme ile ilgili bazı zayıf rivayetlerin senetlerinin, meşhur bazı hadis İmamlarından itibaren, "*Hz. Peygamber oruçlu olduğu halde öperdi*" şeklindeki sahih rivayetlerin senetleriyle aynı olduğu şeklindeki tespiti, Beyhakî'nin iddiasını doğrulayan nitelikte somut bir delildir. Hâsılı gönül rahatlığı ile bu konuda müsned-sahih bir hadis olduğunu söylemek gerçekten zordur.

Burada şu denilebilir: İlk dönemlerde birçok müçtehit ve muhaddis Mürsel haberi mutlak zayıf saymamış, sahihliğine kanaat getirdiği Mürsel haberlerle amel etmişlerdir. Mürsel haberle amel etmek Ebû Hanîfe'nin de hadis alma usûlüne aykırı değildir. Dolayısı ile bu bir usul meselesidir, Mürsel bile olsa Hanefilerin bu haberlerle amel etmesi kendi usullerine uygundur, kınanamaz. Bu elbette doğru bir söylemdir, buna itiraz edilemez. Ancak bizim söylemek istediğimiz şudur: Oturmuş anlayışa göre mürsel hadis zayıf bir hadis çeşididir, sahih olduğunu gösteren başka delil ve destekleyiciler yoksa onunla amel edilemez. Bu mesele ile ilgili rivayetlerin en iyileri mürseldir. Bazıları bu konuda sahih rivayetler olduğu

108 Bu konuda iyi bir araştırma yapan Hüseyin Kahraman, Zeylâî'nin ibarelerine güvenmiş olacak ki, Darekutî'nin hadisi sahih bir senedle rivayet ettiğini ifade etmektedir. Oysa Darekutî'nin yazdıkları dikkatlice okunduğunda, O'nun da Beyhakî gibi, bu hadisin, "*Hz Peygamber oruçlu iken öperdi*" hadisiyle karıştırıldığı kanaatinde olduğu görülecektir.

kanaatinde olsa da çoğunluğa göre bu konuda sahih bir rivayet yoktur. Bu açıdan bir kesim bu mürsel rivayetlerle amel etmediği için sahih sünneti terk etmekle suçlanamaz. Kaldı ki çoğunluğa göre abdest ayetinin hükmü vaz' etme biçimi, mülâmesenin cima dışındaki dokunmalar olduğu konusunda açıktır. Sahabe ve tabiün âlimlerinin çoğunluğu da bu görüştedir. Bu açıdan muhaddislerin çoğunluğu tarafından zayıf görülen bu rivayetlerle amel etmek gerekli ve caiz değildir.

Kanaatimizce bu rivayetlerin red ve kabulünde asıl etkili olan amil hadis alma yöntemi değil, ayette mülâmesenin hangi anlamda kullanıldığı hususunda oluşan esas kanaattir. Hanefiler mülâmesenin cimadan kinaye olarak kullanıldığı kanaatinde oldukları için ilgili rivayetlerle, İbn Abbas'ın görüşünü kendilerine delil yapmışlardır. Öyle görünüyor ki böyle bir rivayet olmasaydı bile Ebû Hanife yine bu görüşü savunacaktı. Yine görünüşte Şâfiî Mürsel hadisi zayıf gördüğü için; Mâlikiler ise bu rivayetleri sabit görmedikleri için kabul etmemişlerdir. (Bilindiği gibi Mâlikiler de sabit gördükleri Mürsel haberle amel ederler.) Bizce Şâfiî ve Mâlikiler bu rivayetleri ayetin açık hükmüne aykırı gördükleri için fazla iltifat etmemişler; Hanefiler ise bu rivayetleri, ayette geçen mülâmeseye yükledikleri anlama uygun buldukları için delil olarak kullanmışlardır.

KONU İLE İLGİLİ GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Konu ile ilgili rivayetlerin sıhhati hakkındaki kanaatimizden sonra şimdi de mezheplerin görüşlerini değerlendirmeye çalışacağız. Yaptığımız incelemede her mezhebin görüşünde itiraza açık noktalar bulunduğu kanaatine vardık. Bu itiraz noktalarımızı Hanefi mezhebinden başlayarak vermeye çalışalım:

Hanefilerin ayette *mülâmesenin* cimadan kinaye olarak kullanıldığı, karşı cinsle dokunmakla abdestin bozulmayacağı şeklindeki görüşlerinin dayandığı rivayetlerin zayıf olduğu şeklindeki kanaatimizi yukarıda ifade ettik. Hanefilerin bu meselede İbn Abbas'ın görüşünü tercih etmeleri de makul karşılanmamıştır. Bilindiği gibi Hanefiler her vesile ile fıkhıdaki çizgilerinin Hammad, İbrahim en-Nehaî/Alkame ve İbn Mesud/Hz. Ömer kanalı olduğunu ifade ederler. Sahabe ve tabiünün en fakihlerinin bunlar olduğunu ısrarla savunurlar. Oysa bu meselede bunların görüşünü terk etmişler, İbn Abbas'ın görüşünü tercih etmişlerdir. Bu açıdan da bu meselede tutarsızlık sergilemekle tenkit edilmişlerdir.

Hanefilerin görüşünün bir zayıf yanı da dokunmaya neredeyse bir sınır çizmemiş olmalarıdır. Ancak aşırı mübaşeret durumunda abdest gerekir, şeklindeki görüşlerinin naslarda bir dayanağı yoktur. Zaten aşırı mübaşeretin ne olduğu üzerinde de ihtilaf etmişlerdir.

Yaklaşım olarak Hanefi Mezhebinin karşıtı olan görüş Zahirilerindir. Hanefilerin aksine İbn Hazm ayetin umumi ve zahiri anlamına aykırı bütün yorum ve rivayetleri reddetmektedir. O, temel olarak dokunma ile ilgili rivayetlerin sahih olmadığını, sahih iseler bile ayetin hükmü ile nesh edildiğini savunmaktadır. Bu açıdan O'na göre ister mahrem olsun ister namahrem olsun, ister büyük olsun ister küçük olsun direk çıplak tene olan her dokunma abdesti bozar. Ancak İbn Hazm'ın, Şa'bi, en-Nehâi ve Hammad'an nakledilen, *sadece kasıtlı dokunmanın abdesti bozacağı* şeklindeki görüşü benimsemesi bizce isabetli bir tercih olmakla beraber, kendi temel yaklaşımı ile çelişmektedir. Çünkü bir taraftan ayette bir tahsis olmadığı gerekçesiyle karşı cins konusunda ayırım yapmayı reddederken; diğer taraftan sadece kasıtlı dokunmaların abdesti bozacağını savunmak suretiyle tahsis yapıp çelişkiye düşmüştür.

Zahiri düşüncenin temel handikabı yorumda (tahsis, takyid ve tefsir vs.) şerî hükümlerin konuluş gayesine hiç itibar etmemeleridir. Oysa şer'î hükümler bir gayeye binaen vaz' edilmişlerdir. Sadece zahiri esas almak, şerî hükümleri anlamsızlığa ve katılığa mahkûm etmektir. Zahiri mezhebinin yaklaşımının ne tür sonuçlara müsait olduğunu bu meselede çok iyi görebiliyoruz. Onlara göre bir anne erkek çocuğuna, bir baba kız çocuğuna kasten dokunduğu zaman abdesti bozulur. Hedefi ve gayesi belli böylesi âmm (genel) bir hükümden bu kadar katı bir sonuç çıkarmak, Zâhiriliğin şer'î ahkâmı anlama konusunda ne denli problemlili bir yaklaşıma sahip olduğunu göstermektedir.

Hanbeliler de ayette bir tahsis olmadığı gerekçesiyle büyük küçük, mahrem namahrem ayırımı yapmadan karşı cins dokunmanın abdesti bozacağı görüşündedirler. Zahirilerden ayrıldıkları nokta, dokunmanın şehvet amaçlı olmasını şart koşmalarıdır. Bunu da Hz. Peygamber'in abdestli iken kızı Fatıma'yı öptüğü ve torunu Umâm'e'yi omuzuna alarak namaz kıldığı şeklindeki rivayetlere dayandırmaktadırlar. Bu rivayetler olmasaydı her halde zahirilerden farklı düşünmeyeceklerdi. Oysa insan, normalde mahremine ve küçük çocuğa karşı şehvet his etmez, insan fıtrati bunu gerektirdiği gibi gâlib-i hal de böyle cereyan eder. Fıkhî ahkâmı belirlemede gâlib-i hal önemli bir kriterdir. Hz. Peygamber'in kızını ve torununu öptüğü halde abdest almaması da bu fitri esasa binaendir. Esasen kişinin mahremine (anne-baba, çocuk, kardeş) ve küçüklere karşı şehvet his etmesi normal bir durum değildir. Bu açıdan, Hanbelilerin, Hz. Peygamber'in bu davranışını şehvetsiz olma gerekçesiyle ta'lil etmeleri makul bir yorum olmadığı gibi, *ayette en-Nisâ lafzı âmm olarak kullanılmıştır, delil olmadan tahsis olmaz* gerekçesini ileri sürerek mahreme ve çocuğa şehvetle dokunmanın abdesti bozacağı şeklindeki yaklaşımları da aşırı lafızlıktan başka bir şey değildir. Bu yaklaşım, şer'î hükümleri mana

ve gayeden soyutlamak soncunu doğurur. Oysa lafzî anlamın tükendiği nokta hükmün konuluş gayesine yönelmek bizi daha isabetli sonuçlara götürür.

Mâlikiler ise hükmü tamamen şerî gayeye bina etmişlerdir. Her ne kadar Mâlikiler mülâmesenin ayette elle dokunma anlamında kullanıldığı görüşünde iseler de; onlara göre abdesti bozan dokunma sadece şehvet amaçlı olan dokunmadır. Çünkü hüküm bu amaca binaen konmuştur. Bu açıdan Mâlikilere göre namahrem de olsa karşı cinsle şehvetle dokunulmadığı müddetçe abdest bozulmaz. Mâlikilerin şehvetle dokunma ile ilgili görüşü şu açılardan itiraza açıktır:

Şehvet şartının dayandığı bir delil yoktur. Ayette böyle bir şart olmadığı gibi; ne Hz. Peygamber'den buna delil teşkil edebilecek bir rivayet gelmiştir;¹⁰⁹ ne de sahabe ve tabiundan böyle bir görüş nakledilmiştir. Esasen hukukta normatiflik esastır. Hükmün tümüyle kişiden kişiye halden hale değişebilen bir duruma bina edilmesi, hukukun normatiflik esasıyla çelişmektedir. Çünkü bu durumda hüküm nesnel bir duruma değil, tamamen kişinin vicdanına havale edilmiş olduğundan keyfiliğe yol açar. Bu açıdan gai yorum daha çok illet/sebepe gibi hüküm için maddi kriterin belirlenmediği (meskûtun anı) gri alanlarda başvurulması gereken bir yöntem olmalıdır. Oysa bu meselede hüküm şehvet ve lezzete değil açıkça dokunmaya bina edilmiştir. Çünkü dokunmadan genellikle şehvet hâsıl olur. *el-hukmu li'l-ekser* (hüküm çoğunluk esasına göredir) kuralı gereği, sebep müsebbebe yerine ikame edilmiştir. Sebep genellikle müsebbebi meydana getirdiği için böyle durumlarda gâlib-i hal vuku bulmuş gibi kabul edilir.

Şâfiî mezhebinde kasti olmayan (kazara veya bilmeyerek) dokunmalarda da abdestin bozulacağını şeklinde sahih kabul edilen görüş de bizce ana tezleriyle çelişmektedir. Çünkü bir taraftan her türlü dokunmanın abdesti bozacağı şeklindeki görüşlerine, ayette tahsis yapılmamasını gerekçe gösterirlerken; diğer taraftan şehvet uyandırmadığı gerekçesiyle küçük çocuğa, mahreme, saça, dişe ve tırnağa dokunmanın abdesti bozmadığını savunmaktadırlar. Oysa ayette bu konuda da bir tahsis yoktur. Saç, diş ve tırnak konusunda zahiri anlamın terk edilip hükmün konuluş gayesine yönelindiği açıktır. Madem bir yerden sonra ayetin umumunu, hükmün konuluş gayesi (makâsıd-ı şerîa) doğrultusunda tahsis etme zorunluluğu doğmaktadır, kastın hukuktaki önemi göz önünde bulundurarak kasıtlı olmayan dokunmaları da bu genel hükümden istisna etmeleri beklenirdi. Çünkü kasıtlı olmayan dokunmalardan hem şehvet hâsıl olmaz; hem de şer'de mükellef, prensip olarak maddi veya manevi bir zarar doğurmadığı müddetçe kasti olmayan fille-

rinden dolayı sorumlu olmaz. Esasen *kasıt* hukukun her alanında önemli bir kriterdir. En ağır suçlarda bile kastın olup olmadığına bakılır. Bu açıdan biz Mezhepte Furanî ve Cüceynî gibi alimlerin de savunduğu; *sadece kasti olan dokunmaların abdesti bozacağı*, şeklindeki görüşün isabetli olduğu kanaatindeyiz.

SONUÇ

Bu çalışmada karşı cinse dokunma ile ilgili nass ve görüşler tahlil edilerek bir neticeye varılmaya çalışılmıştır. Ayette mülâmesenin cima dışındaki dokunmalar için kullanıldığı şeklindeki cumhurun görüşü dayandığı deliler açısından güçlü gözükmektedir. Ayetin hükmü vaz' etme biçimi, sahabe ve tabiûn fakihlerinin çoğunluğunun bu görüşte olmaları bizi bu sonuca götürmüştür.

Dokunmada şehvet şart olmadığı gibi her tür dokunma da abdesti bozmaz. Bu konuda Tabiûn âlimlerinden Şa'bi, İbrahim en-Nehâi ve Hammad'ın, bazı önemli Şâfiî fukahâsının ve İbn Hazm'ın, *sadece kasıtlı olan dokunmaların abdesti bozacağı* şeklindeki görüşünü tercihe şayan buluyoruz. Buna göre kişi karşı cinsin çıplak tenine her hangi bir uzvuyla *kasten* dokunursa abdesti bozulur. Eğer kasıt yoksa abdesti bozulmaz. Kişinin mahremine, karşı cinsten olan küçük çocuğa ya da karşı cinse ince bir elbise üzerinden dokunması abdestini bozmaz. Ancak bu kişilere şehvetle dokunursa bizce abdest alması müstehaptır. Çünkü abdestsizliğe sebep olan bir fiil işlediği için abdestinin bozulduğu hususunda güçlü şüphe hâsıl olmuştur. Eğer bu kişilere dokunmakla tenasül uzvu intişar ederse abdesti bozulur. Çünkü tenasül uzvunun intişar etmesi durumunda mezinin gelmesi gâlib-i haldir. İhtiyat gereken durumlarda gâlib-i hal vuku bulmuş gibi kabul edilir. Şehvet hâsıl etmediği için dişe ve tırnağa dokunmanın abdesti bozmayacağı kanaatindeyiz. Zaten çıplak tene dokunmadan bunlara dokunmak dikkat gerektirdiği için şehvet hâsıl etmesi gâlib-i hal değildir.

Ancak nasslarda açıkça ifade edilmediği için meskûtun anh kalmış durumlar için hükmün konuluş gayesini esas almanın daha doğru olduğu kanaatindeyiz. Kişiden kişiye değişen ve gâlib-i hal kuralını işletemediğimiz durumlarda subjektif kurallar koymak ve hükmünü kişinin iç dünyasına havale etmek daha uygun görünmektedir. Örneğin hangi yaştaki çocuğa ve ihtiyara dokunmanın abdesti gerektirdiği hususunda nasslarda bir açıklık yoktur. Her küçük çocuk ve ihtiyar bir olmadığı gibi; onlara dokunan her insanın da aynı şeyi his ettiği söylenemez. Örneğin yaşlı bir adamın dokuz on yaşındaki bir kız çocuğuna karşı şehvet his etmesi nadir bir durumdur; oysa genç bir insanın şehvet his etmesi olağandır.

Bundan dolayı bunlara dokunmanın abdesti bozup bozmayacağı hususunu kişilerin durumuna göre belirlemek daha makul görünmektedir. Şöyle ki: Eğer kişi kendisi açısından karşı cinsi şehvet duyulabilecek biri olarak görüyorsa ona kasten dokunmasından dolayı abdest alması gerekir; eğer kesin bir şekilde şehvet his etmiyorsa abdest almasına gerek yoktur. Bunu da kişi kendisi takdir edecektir. Bize göre saç da böyledir. Karşı cinsin saçına dokunan/okşayan kişi şehvete kapılıyorsa abdest alması gerekir; şehvet his etmiyorsa abdest almasına gerek yoktur. Her ne kadar Şâfiî saç, diş ve tırnağı bir tutmuşsa da yine de bir ayırım yaparak saçta dokunmaktan dolayı abdest almayı müstehap görmektedir. Kanaatimizce saç hususunda şehveti esas almak daha isabetli olur.

Sadece dokunan mı abdestinin bozulacağı yoksa kendisine dokunulandan da abdestinin bozulup bozulmayacağı hususuna gelince: Bizce kendisine dokunulan bunun farkında ise buna rağmen rıza gösteriyorsa abdesti bozulur. Çünkü fiile kasıtlı iştirak vardır. Eğer kendisine dokunulduğunun farkında değilse abdesti bozulmaz. Çünkü hem kastı yoktur, hem de mükellefin, kendisi açısından yok hükmünde (ke en lem yekün) olan şeyden mesul tutulması Şer'in mükellef tutma prensiplerine aykırıdır. Kişi karşı cinsin kendisine dokunduğunu farkı ettiği andan itibaren karşı tarafı bundan men eder veya uzaklaşırsa abdesti bozulmaz, men etmezse abdesti bozulur. Her şeyin doğrusunu Allah bilir.

HAYVANSAL YAN ÜRÜNLERİN TİCARETİNDE HELÂLLİK SORUNU

Yrd.Doç.Dr. Hüseyin BAYSA*

Özet: Hayvanların insan tüketimine elverişli olmayan parçalarının işlenmesinden elde edilen hayvansal yan ürünler, karma yemin önemli bir unsuru olarak kabul edilmektedir. Bu maddeleri, eti helâl olan hayvanların yemlerine katmanın hükmü, günümüzün önemli fikhî problemleri arasında yer almaktadır. Bu konuda isabetli bir görüş ortaya koyabilmek için hayvansal yan ürünleri, hayvan ve insan sağlığına etkisi açısından incelemenin yanı sıra eti yenen hayvanların yeminde kullanmak üzere ticari akde konu etmenin hükmünü de belirlemek gerekmektedir. Yaptığımız bu çalışmada hayvansal atıkları hayvan yeminde değerlendirmek amacıyla ticaretini yapma meselesi, bu maddelerin temiz/necis oluşu bağlamında ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hayvansal yan ürün, karma yem, temizlik/necislik, helâl, ticaret.

The Problem of Permissibility In The Trade of Animal By-Products

Abstract: The animal by-products produced from the processed animal parts which are not suitable for consumption by humans, are considered an important ingredient of compound feed. Mixing these by-products with the feed of animals whose meat are permissible (halâl) is among the most controversial problems of today's Islamic jurisprudence (Fiqh). Reaching a felicitous view on this issue is contingent on investigating animal by-products in terms of their effect on animal and human health as well as adjudicating on the possibility of including them in commercial contracts involving their use in the feed of permissible animals. In this study, the trade of animal waste through their use in animal feed is investigated in terms of cleanliness/dirtiness of these products.

Keywords: Animal by-products, compound feed, cleanliness/dirtiness, halal, trade.

GİRİŞ

Günümüzde hayvan besiciliği genellikle karma yemlerle yapılmaktadır. Karma yem, hayvanların besin ve enerji ihtiyacını karşılamak amacıyla çeşitli yem maddelerinin karışımından oluşmaktadır.¹ Karma yemlerin % 88-90'ı bitkisel

* Kilis 7 Aralık Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı, huseyinbaysa@kilis.edu.tr

1 Karma yem, özel teknoloji kullanılarak birden fazla yem hammaddesinden endüstriyel boyutta üretilen ve hayvanların gereksinimi olan besinleri içeren yem karışımıdır (Murat Ülkü Karakuş, "Türkiye'de Karma Yem ve Sorunları", Türkiye Ziraat Mühendisliği VII. Teknik Kongresi I, Ankara 2010, s. 2; Seher Küçükerman vd., "Karma Yem Üretimi ve Yem Analiz Teknikleri", *Temel Yem Bilgisi ve Hayvan Besleme*, Anadolu Üniv. Açıköğretim Fak. Yay., Eskişehir 2011, s. 91). Hayvanın günlük besin ihtiyacını karşılayabilecek ni-

ürünlerdir. Geriye kalan kısmı ise sanayi ürünleri ile hayvanların entegre olmuş parçalarıdır.² Karma yemde kullanılan hayvansal unsurlar, hayvanların insan tüketimine pek elverişli olmayan kısımlarıdır.³ Bu maddeler yem endüstrisinde vazgeçilmez protein kaynakları olarak kabul edilmektedir.⁴

Hayvan atıklarının yemde protein olarak kullanılmak üzere işlenmesi, modern dönemde geliştirilen teknoloji sayesinde mümkün olmuştur. Geçmişte böyle bir işlem bilinmediğinden klasik kaynaklarda konunun fikhî boyutuna ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır. Güncel fıkıh problemlerinden biri olarak karşımızda duran bu konuda bilimsel araştırmalar yapılmış olmakla birlikte bunlar, sayıca çok az olup, kesin bir yargıya varmayı sağlayacak derinlikte değildir. Anlaşıldığı kadarıyla bu konuda sağlıklı bir değerlendirme yapabilmek için öncelikle iki hususun netleştirilmesi gerekmektedir. Bunlardan birincisi hayvansal atıklı yemlerin hayvan sağlığı üzerindeki etkisidir. Bu tür maddelerin hayvan ve onu tüketen insan sağlığına etkisi, bunların yem malzemesine dönüştürülmesinin hükmünü doğrudan etkileyen bir faktördür. Netleştirilmesi gereken ikinci husus ise söz konusu atıkların mütekavimlik değeridir. Çünkü bu maddelerin yem sanayisinde değerlendirilebilmesi ve bu amaçla ticari akde konu edilebilmesi için bunların aynı zamanda şer'an kendisinden faydalanılabilen şeylerden olması gerekmektedir.

Bu çalışmada hayvansal yan ürünleri eti yenen hayvanların yemine eklemek üzere alıp satmanın hükmü, hayvansal atıkların temiz/necis oluşu bağlamında ele alınacaktır. Öncelikle yeme katılan hayvansal yan ürünler hakkında kısaca bilgi verilecek ve bunların temizlik/necislik durumu belirlenmeye çalışılacaktır. Bu husustaki fikhî görüşler ortaya konduktan sonra necis hayvansal atıklardan faydalanma ve bunların ticaretini yapmanın hükmü ile ilgili tartışmalara değinilecek ve bu doğrultuda bir sonuca ulaşılmaya çalışılacaktır.

telikte hazırlanan yemlere, tam karma yem denir. Tam karma yem ile beslenen hayvana sudan başka bir yiyecek veya içecek vermeye ihtiyaç duyulmaz. Böyle yemler genelde kümes kanatlıları, domuzlar ve laboratuvar hayvanları için hazırlanır. Kaba yemlerin eksik kalan besin maddelerini tamamlayacak nitelikte hazırlanan yemlere ise tamamlayıcı karma yem denir. Bu tür karma yemler genellikle siğir, koyun vb. hayvanlar için hazırlanır. A. Remzi Akyıldız, Mustafa Ergül, Murat Zincirlioğlu, Doğan Gürbüz, "Türkiye'de Karmayem Üretimi ve Teknolojisi", *İkinci Hayvancılık Kongresi*, Ankara 1991, s. 103-104.

- 2 Hayvanın protein ihtiyacını karşılamak üzere yağlı tohum küspeleri de karma yeme katılmaktadır. Aynı şekilde hayvanın enerji ihtiyacını gidermek amacıyla çoğunlukla tane yemler, melâs/posa ve yağ; mineral ihtiyacını karşılamak için ise tuz ve mermer tozu gibi maddeler de yeme eklenmektedir. Küçükersan vd., "Karma Yem Üretimi ve Yem Analiz Teknikleri", s. 91-92.
- 3 İsmail Filya, Önder Canbolat, "Yemler ve Yem Katkı Maddeleri", *Hayvan Besleme*, Anadolu Üniv. Açıköğretim Fak Yay., Eskişehir 2013, s. 73.
- 4 Küçükersan vd., "Karma Yem Üretimi ve Yem Analiz Teknikleri", s. 91-92.

I. KARMA YEME KATILAN HAYVANSAL YAN ÜRÜNLER VE BUNLARIN TEMİZLİK-NECİSLİK DURUMU

A. Hayvansal Yan Ürünler

Hayvansal yan ürünler et, yağ, kemik, kan ve tüy gibi hayvansal atıklardan elde edilen yem malzemeleridir.⁵ Hayvansal atıklar karma yeme katılmadan önce hayvan tüketimine elverişli hale getirilmek üzere birtakım işlemlerden geçirilmektedir. Kimyasal değişime yol açmayan bu işlemler, hayvansal atıkların hayvanın tüketebileceği şekilde ufaltılması ve belli bir süre bozulmadan muhafaza edilebilmesi için yapılan ayrıştırılmadan ibarettir.⁶ Rendering sistemlerinde bu amaçla yapılan işlemler sonucunda elde edilen hayvansal ürünler, hammaddelerine göre isimlendirilmiştir. Bunlar; balık unu, et unu, et-kemik unu, kan unu, kümes hayvanları unu, hayvansal yağlar unu ve tüy unudur.

Balık unu, balığın tamamının veya baş, et, deri, kılçık ve iç organlar gibi parçalarının, yağları alındıktan sonra kurutulup öğütülmesi sonucu elde edilmektedir.⁷ Et unu, kesimhane ve et işleme tesislerinde biriken, insan yiyeceği olarak değerlendirilemeyen etlerden;⁸ et-kemik unu, hayvanların et ve kemik kalıntılarının bir arada işlenmesinden;⁹ kan unu ise mezbahalarda toplanan kandan üretilmektedir.¹⁰

Tavuk unu olarak da bilinen kümes hayvanları unu, kesimhanelerdeki kanatlılara ait baş, ayak, bağırsak ve diğer iç organları gibi kesim atıklarından elde edilmektedir. Bu karışımın içine zaman zaman kuluçkahane atıkları olan ölü emb-

5 Filya vd., "Yemler ve Yem Katkı Maddeleri", s. 73.

6 Hayvansal atıklar hayvan tüketimine hazır hale getirilirken öncelikle sterilizasyon düzeyine kadar ısıtılıp, yağı ayrıştırılmaktadır. Bu işlem esnasında yağ haricindeki atıklar, cinsine göre değişmekle birlikte yaklaşık olarak 130-150°C sıcaklığında pişirilmektedir. Yağlar ise 40-60°C arasında ısıtılmaktadır. Daha sonra %90-95 oranında kurutulup, homojen bir hammadde durumuna gelecek şekilde öğütülmektedir. Kemal Küçükersan vd., "Konsantre Yemler", *Temel Yem Bilgisi ve Hayvan Besleme*, Anadolu Üniv. Açıköğretim Fak. Yay., Eskişehir 2011, s. 61; Gülzade Kaplan, İbrahim Özcan, "Kanatlılarda Atık Ürünlerin Değerlendirilmesi", *Lalahan Hay. Araşt. Enst. Dergisi*, 2004, 44/1, s. 48; Yusuf Aslantaş, *Yem Kaynağı Olarak Rendering Ürünlerinin Hayvan Beslemede Kullanımı*, Lisans Tezi, Çukurova Üniv. Ziraat Fak. Zootekni Böl., Adana 2004, s. 3, 9-10; Olcay Hisar, Telat Yanık, Şükriye Hisar, "Tüy Unu ve Hayvancılıkta Kullanım İmkânları", *Doğu Anadolu Böl. IV. Su Ürünleri Sempozyumu*, Erzurum 2000, s. 350; Taylan Özaslan, *Hayvan Beslemede Tavuk Unu Kullanımı ve Önemi*, Lisans Tezi, Çukurova Üniv. Ziraat Fak. Zootekni Böl., Adana 2004, s. 12.

7 Sabri Dilmenc, "Yerli Balık Unlarımızın Nitelikleri Üzerinde Bir İnceleme", *Ankara Üniv. Veteriner Fak. Dergisi*, Ankara 1954, VII, sy. 1.2, s. 10; Hümevra Özgen, *Hayvan Besleme*, Selçuk Üniv. Yay., Ankara 1986, s. 37.

8 Murat Zincirlioğlu, Filiz Karadaş, "Karma Yem Hammaddesi Üretimi ve Yem Sanayi", *Hayvansal Üretimi Artırmada Yeni Yaklaşımlar*, T. C. Ziraat Bankası Kültür Yay., Ankara 1998, s. 171; Filya vd., "Yemler ve Yem Katkı Maddeleri", s. 73.

9 Zincirlioğlu vd., "Karma Yem Hammaddesi Üretimi ve Yem Sanayi", s. 170.

10 Filya vd., "Yemler ve Yem Katkı Maddeleri", s. 73; Aslantaş, "Yem Kaynağı Olarak Rendering Ürünlerinin Hayvan Beslemede Kullanımı", s. 7-8.

riyolar, döllenmiş yumurtalar, henüz yumurtadan çıkmamış civcivler, yumurta kabukları, satılmayan erkek civcivler, işletme içinde ölen tavuk ve civcivler de eklenmektedir.¹¹

Hayvansal yağlar, ruminant (geviş getiren) hayvanların iç yağları ile rendering işlemine tabi tutulan tavuk yağından imal edilmektedir.¹² Tüy unu ise kümes hayvanlarının tüylerinden üretilmektedir.¹³

B. Yemde Kullanılan Hayvansal Unsurların Temizlik-Necislik Durumu

1. Et ve Yağ

Eti ve yağı yemde değerlendirilen hayvanlar çoğunlukla, insanların da protein ihtiyacını karşılamak üzere faydalandığı kanatlı kümes hayvanları, küçükbaş ve büyükbaş hayvanlardır. Bunlardan usulüne uygun bir şekilde kesilen hayvanların et ve yağları, helâl ve temizdir.¹⁴ Bu hayvanlardan nadiren de olsa yem malzemesine dönüştürülen tavuk ölüsü; lâşe (dinî usule uygun biçimde boğazlanmadan ölen hayvan) ile ilgili naslar¹⁵ gereğince haram olup, necistir.¹⁶

Karma yemde eti ve yağı değerlendirilen diğer bir hayvan, domuzdur.¹⁷ Domuzun eti ve yağı haram kılınmıştır.¹⁸ Fakihler, ilgili ayette domuzun pislik ve

11 Özaslan, Hayvan Beslemede Tavuk Unu Kullanımı ve Önemi, s. 5.

12 Küçükersan vd., "Konsantre Yemler", s. 64.

13 Kaplan vd., "Kanatlılarda Atık Ürünlerin Değerlendirilmesi", s. 48; Özgen, *Hayvan Besleme*, s. 37.

14 el-Mâide 5/1; el-Hacc 22/28; Ebû'l-Huseyn Müslim b. el-Haccâc b. Müslim el-Kuşeyri, *el-Câmiu's-sahih*, Dâru ihyâi't-türâsi'l-arabi, Beyrut ty., "İmân", 3, (1649); Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed el-Kurtubi, *el-Câmiu' li-ahkâmi'l-Kur'an*, Dâru'l-kütübi'l-Misriyye, Kahire 1964, VI, 34; Ahmed b. Ali Ebû Bekr er-Râzi el-Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, Dâru'l-kütübi'l-ilmiiyye, Beyrut 1994, II, 373; Muhammed b. Abdillâh Ebû Bekr İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, Dâru'l-kütübi'l-ilmiiyye, Beyrut 2003, II, 12; Mehmet Şener, "Hayvan", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*, TDVY, 1998, XVII, 94-5.

15 el-Bakara 2/173; el-Mâide 5/3; el-Enâm 6/145; en-Nahl 16/115.

16 Muhammed b. Ahmed Şemsü'l-Eimme es-Serahsî, *el-Mebsût*, Daru'l-ma'rife, Beyrut 1993, I, 203; I, 51; X, 198; Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, I, 130; Ebû Abdillâh Muhammed et-Tâhir b. Muhammed b. Muhammed eş-Şâzelî b. Âşûr, *et-Tahrîr ve't-tenvîr*, ed-Dâru't-Tünusiyye, Tunus 1984, II, 116; Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed b. Kudâme el-Makdisî, *el-Muğni*, Mektebetü'l-Kahire, yy. 1968, I, 50; Alâüddîn Ebû Bekir b. Mes'ûd el-Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi' fi tertibi's-şerâi'*, Daru'l-kütübi'l-ilmiiyye, Beyrut 1986, I, 63; Ebû'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Muhammed el-Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebir fi'l-fikhi mezhebi'l-İmâmi's-Şâfi*, Dâru'l-kütübi'l-ilmiiyye, Beyrut 1999, I, s. 56; Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Muhammed b. Abdirrahmân el-Ma'rûf bi'l-Hattâb er-Ruaynî, *Mevâhibü'l-celil fi şerhi Muhtasârî Halil*, Dâru'l-fikr, by. 1992, I, 88; Kurtubi, *el-Câmiu' li-ahkâmi'l-Kur'an*, II, 217; İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, I, 77; Vizâratü'l-evkâf ve's-şüni'l-İslâmiyye bi'l-Kuveyt, "Meyte", *el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye*, Kuveyt 2007, XXXIX, 388.

17 Adnan Koşum, "Hayvansal Ürünlerin Üretiminde Besleme ve Helâllik", *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2013, sy. 22, s. 12.

18 Domuzu haram kılan ayetlerin tamamında sadece domuz eti (lahme'l-hinzir) zikredilmiştir (el-Bakara

necaset anlamına gelen “rics”¹⁹ kelimesi ile nitelenmesine dayanarak necis bir hayvan olduğunu söylemişlerdir.²⁰

2. Kemik

Yemde protein unsuru olarak değerlendirilen kemiğin hükmü, ait olduğu hayvanın eti ile ilişkilendirilerek belirlenmiştir. Âlimlerin çoğunluğu kemiğe, ait olduğu hayvanın hükmünü vermiştir. Bu konuda cumhurdan biraz farklı düşünen Hanefî mezhebi âlimleri, domuz haricindeki hayvanların tamamının kemiklerini temiz saymışlardır.²¹

Eti haram olan hayvana ait kemiğin hükmü hakkında âlimler bu şekilde ihtilaf etmiş olmakla birlikte, eti yenen hayvanın kemiğinin temiz olduğu hususunda icmâ etmişlerdir. Eti helâl olan hayvanın lâşesindeki kemiğin necisliği hususunda ise iki farklı görüş ortaya çıkmıştır. Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelîler’in savunduğu görüşe göre lâşenin kemiği necis olup, bundan yararlanmak caiz değildir. Onlar, bu görüşe varırken kemikte canlılığın bulunduğu varsayımından hareket etmişlerdir. Un ufak hale gelen kemiğin, ölümden sonraki hayatta canlandırılacağını bildiren ayeti²² kemikte can bulunduğuna dair bir delil olarak ileri sürmüşlerdir. Bu ön kabule dayanarak, hayvanın şer’î olmayan bir yöntemle canlılığını kaybetmesiyle kemiğin de murdar hale geldiğini ve meyteyi haram kılan ayetin kapsamına girdiğini söylemişlerdir.²³

Bu konuda cumhurdan ayrılan Hanefîler, hayvanın murdar olmasının kemiğini etkilemediğini ileri sürmüşlerdir. Onlar lâşe kemiğini tabaklanmış deri hük-

2/173; el-Mâide 5/3; el-Enâm 6/145; en-Nahl 16/115). Ancak alimler, domuz daha çok, eti için kesildiğinden ve Arap kültüründe et/lahm kelimesi yağ/semen anlamını da içerdiği için ayetlerde sadece et kelimesinin geçtiğini, yasağın domuz yağını da kapsadığını söylemişlerdir (İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, I, 80). Domuz eti gibi yağın da insan tarafından tüketilmesinin haramlığı konusunda alimler arasında görüş birliği oluşmuştur. Kurtubî, *el-Câmiu' li-ahkâmi'l-Kur'an*, II, 222; Ebü'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Rüşd el-Kurtubî, *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*, Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, Beyrut 2010, s. 425; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV, 192; Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, III, 95.

19 el-Enâm 6/145.

20 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, I, 63; Ebü'l-Meâli Burhânüddin Mahmûd el-Buhârî, *Muhîtu'l-Burhânî fi'l-fıkhi'n-Nu'mânî*, Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, Beyrut 2004, V, 373; Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebir*, XV, 159; *el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye*, “Meyte”, XXXIX, 388. İmam Mâlik, bir şeyin şer'an temiz sayılması için canlılığı esas aldığı için domuz dâhil bütün hayvanların canlısını temiz kabul etmiştir. İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, I, 80.

21 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'* I, 77; Burhânüddin, *Muhîtu'l-Burhânî*, I, 475.

22 Yâsîn 78/9.

23 İbn Kudâme, *el-Muğni*, I, 53-4; Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebir*, I, 73; *el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye*, “Meyte”, XXXIX, 392.

münde görmüşlerdir. Bu görüşlerini pekiştirmek üzere, etin aksine kemikte akıcı kan ve necis rutubetin bulunmadığını ve dolayısıyla da bozulma ve kokuşmanın meydana gelmediğini belirterek lâşe kemiğinin etinden farklı değerlendirilmesi gerektiğini söylemişlerdir.²⁴

3. Balık

Yemde protein kaynağı olarak değerlendirilmek üzere rendering sistemlerinde işlenen balık, helâl ve temiz bir deniz ürünüdür.²⁵ Bu konuda âlimler görüş birliği etmiş olmakla birlikte, kendiliğinden ölüp suyun yüzeyine çıkan balığın hükmü hususunda görüş ayrılığına düşmüşlerdir. Bu görüş ayrılığı, deniz/balık ölüsünün helâl olduğunu bildiren hadislerin²⁶ meyte/lâşeyi haram kılan ayetler bağlamında anlamlandırılmasına ilişkin yapılan farklı değerlendirmelere dayanmaktadır. Mâlikîler ile Şâfiîler, söz konusu rivayetlerde geçen “deniz ölüsü” ifadesinin, hem kendiliğinden hem de herhangi bir müdahale neticesinde ölmüş deniz ürünlerinin tamamını kapsadığını düşünmüşlerdir. Meyteyi haram kılan ayetlerle bu rivayetler arasında ortaya çıkan tenakuzu ise ayetlerin rivayetlerle tahsis edildiğini söyleyerek çözümlenmişlerdir. Ayrıca onlar, ölüyü necis hale getiren akıcı kanın balıklarda bulunmadığını, dolayısıyla kendiliğinden ölen balıkların lâşe hükmünde olmayacağını ifade ederek görüşlerini güçlendirmeye çalışmışlardır.²⁷ Hanefîler ise rivayetlerde helâl olduğu bildirilen deniz veya balık ölüsünün, suda yapılan müdahale sonucunda veya sudan çıkarmak suretiyle ölen balık olduğunu söylemişlerdir. Kendiliğinden ölüp, su yüzeyine çıkmış veya denizin sahile attığı balıkları (tâfi) ise bunları yemekten sakındıran rivayetleri²⁸ de dikkate alarak meyte kapsamında değerlendirip, haram saymışlardır.²⁹

24 Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi'* I, 63; Burhânüddin, *Muhibtu'l-Burhânî*, I, 475. Hanefîler, eti helâl olan hayvanın murdar olması durumunda kemik, tüy gibi yenmeyen kısımlarının necis olmayacağını bir ilke olarak benimsemişlerdir. Serahî, *el-Mebisüt*, I, 203.

25 en-Nahl 16/14; el-Mâide 5/96; Müslim, “Sayd ve'z-Zebâih”, 4 (1935); Kurtubî, *el-Câmiu' li-ahkâmü'l-Kur'an*, VI, 318.

26 Ebü Abdillâh Muhammed b. Yezîd Mâce el-Kazvîni, *es-Sünen*, Dâru'r-risâleti'l-âlemiyye, yy. 2009, “Sayd”, 18 (3246); Ebü Dâvûd Süleymân b. el-Eş'as b. İshâk es-Sicistânî el-Ezdî, *es-Sünen*, Dâru'r-risâleti'l-âlemiyye, yy. 2009, “Et'ime”, 35 (3815).

27 Kurtubî, *el-Câmiu' li-ahkâmü'l-Kur'an*, VI, 319-20; İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, I, 77-8; Hattâb er-Ruaynî, *Mevâhibü'l-celil*, I, 88; Ebü'l-Abbâs Şihâbüddin Ahmed b. İdris b. Abdîrahmân el-Mısri el-Karâfi, *ez-Zahîra*, Dâru'l-garbi'l-İslâmî, Beyrut 1994, I, 179.

28 İbn Mâce, “Sayd”, 18 (3247); Ebü Dâvûd, “Et'ime”, 35 (3815). Hanefîlerin dışındaki âlimler, bu rivayetleri zayıf kabul etmektedir. Ebü Zekerîya Muhyiddin b. Yahya b. Şeref en-Nevevi, *el-Minhâc şerhu Sahîhi Müslim*, Dâru ihyâ'it-türâsi'l-Arabî, Beyrut 1392h., XIII, 86-7.

29 Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, I, 130-2; Ebü'l-Hasan Ali b. Halef b. Battâl, *Şerhu Sahîhi'l-Buhârî*, Mektebetü'r-ruşd, Riyad 2003, V, 400-1.

4. Kan

Yem malzemesine dönüştürülen hayvansal atıklardan biri olan kan, nasslarda haram kılınan şeyler arasında sayılmıştır.³⁰ Fakîhler, kesin bir şekilde haram kılınmış olmasına dayanarak kanın necisliğine hükmetmişlerdir.³¹ Bu düşünce doğrultusunda, murdar olan hayvanı necis hale getiren şeyin, akıtılması gerektiği halde hayvanın vücudunda kalan kan olduğunu söylemişlerdir.³²

Hanefî mezhebi âlimleri, balık türünde şer'î boğazlamanın gerekli görülmesinden yola çıkarak balık kanının temiz olduğunu ileri sürmüşlerdir. Ayrıca Hanefîler, balık kanının kuruduğunda ağardığını, diğer kanların ise karardığını belirterek balık kanının, diğer hayvan kanlarından hükmen farklı olması gerektiğini ifade etmişlerdir. Şâfiîler ise ayırım yapmaksızın damardan akıp ayrılan bütün hayvan kanlarının haram olduğunu söylemişlerdir.³³

5. Tüy

Karma yemde hayvansal protein amacıyla değerlendirilen kümes hayvanları tüyü, helâl ve temiz kabul edilmektedir. Bu konuda eti helâl olan hayvanların tüyünün de helâl olduğu hususu bilginler arasında bir kural olarak benimsenmiştir.³⁴ Kümes hayvanlarından murdar olanların tüylerinden faydalanmanın hükmü konusunda ise iki farklı görüş ortaya çıkmıştır. Şâfiîler'e ve Ahmed b. Hanbel'e³⁵ dayandırılan bir görüşe göre tüy, hayvanın murdar olmasıyla birlikte diğer organları gibi necis hükmünü alır. Çünkü tüy, meytenin bir parçası olup, meyteyi haram kılan nassların umumî kapsamına girmektedir.³⁶ Hanefî, Hanbelî ve Mâlikîler ise eti yenen hayvanlardan murdar olanlara ait tüylerin temiz olduğunu söylemişlerdir. Tüyde canlılığın işareti olan hissetme özelliğinin bulunmadığını ve bu sebeple tüyün, hayvanın murdar olmasından etkilenmeyeceğini düşünmüşlerdir. Ayrıca bir yerde çıkıp uzamanın canlılığın işareti olmadığını ve nitekim otun da büyüdüğünü, ancak koparılmakla necis hale gelmediğini söyleyerek Şâfiîler'in görüşünü

30 Bu kan, hayvanın damarlarından akıp ayrılan (demen mesfûhen) kandır. el-Bakara 2/173; el-Mâide 5/3; el-En'âm 6/145; en-Nahl 16/115.

31 Serahsî, *el-Mebsût*, I, 51; Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi'* I, 61, 63; Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebir*, VII, 223; Hattâb er-Ruaynî, *Mevâhibü'l-celil*, I, 96; Karâfî, *ez-Zahîra*, I, 185; İbn Âşûr, *et-Tahrîr ve't-Tenvîr*, II, 118.

32 Serahsî, *el-Mebsût*, I, 51; Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi'* I, 63.

33 Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, I, 135; Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'an*, II, 222.

34 Salim Ögüt, "Tahâret", *DİA*, TDVY, 2010, XXXIX, 383.

35 İbn Kudâme, *el-Muğnî*, I, 59.

36 Nevevî, *el-Minhâc*, XIV, 103; IV, 55; Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebir*, I, 69.

eleştirmişlerdir.³⁷ Aynı şekilde yün, kıl ve tüyde, meytenin necis olmasına yol açan akıcı kan ile rutubet bulunmadığından ölümlerle birlikte bunların bozulmadığını belirterek görüşlerini savunmuşlardır.³⁸ Yine meyte ve şer'î usulle kesilmiş ayırımı yapılmaksızın hayvanların kıl, tüy ve yünlerinden faydalanma nimetinden bahseden ayetler³⁹ ile meyteden sadece yemenin haram olduğunu bildiren hadisi delil olarak göstermişlerdir.⁴⁰ Hanbelîler bunlara ek olarak, meyteden koparılan ve dibinde nem bulunan tüyün necis olduğunu; ancak yıkanınca temiz hale geldiğini söylemişlerdir.⁴¹

Yukarıda verdiğimiz bilgilerden anlaşıldığı üzere, karma yemde kullanılan hayvansal unsurlardan, eti helâl olup, usulüne uygun bir şekilde kesilen hayvanlara ait et, yağ, kemik ve tüyün temiz; lâşe, kan ve domuz eti ile yağının ise necis olduğu hususunda âlimler arasında görüş birliği oluşmuştur. Kendiliğinden ölmüş balıklar ile lâşe tüyünün necisliği konusunda ise görüş ayrılığı mevcuttur.

II. NECİSLİĞİN HAYVANSAL ATIKLARDAN FAYDALANMANIN HÜKMÜNE ETKİSİ

Hayvansal yan ürünleri yemde kullanmak üzere ticari akde konu etmenin hükmünü belirlerken göz önünde bulundurulması gereken önemli hususlardan bir tanesi, bunların faydalanılabilirlik niteliğidir. İslâm âlimleri, necis olarak kabul edilen lâşe, kan ve domuzdan faydalanmayı yukarıda atıfta bulunduğumuz yasaklayıcı nasslar gereğince doğru bulmamışlardır.⁴² Bu konuda genel kanaat bu şekilde olmakla birlikte cumhur, lâşeden nasslarda haram kılınmamış yöntemlerle yararlanmaya cevaz vermiştir. Örneğin Şâfiîler, Hanbelîler ve Mâlikîler lâşenin eğitimli yırtıcı hayvanlara yem olarak verilmesini mubah görmüşlerdir.⁴³ Aynı şekilde başta Şâfiîler olmak üzere bazı bilginler lâşe yağını deri ve gemi yağlama ile aydınlatmada kullanmanın caiz olduğunu düşünmüşlerdir.⁴⁴ Bu konuda cumhu-

37 İbn Kudâme, *el-Muğni*, I, 59; Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, I, 148-9; Burhânüddin, *Muhitu'l-Burhâni*, I, 475.

38 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'* I, 63; *el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye*, "Meyte", XXXIX, 391.

39 en-Nahl 16/5, 80.

40 Müslim, "Hayz", 27 (363); Ahmed b. Muhammed b. Ebi Bekr el-Kastalâni, *İrşâdü's-sârî li şerhi Sahihi'l-Buhârî*, Matbaatü'l-kübrâ el-emiriyye, Mısır 1323h., IV, 105.

41 İbn Kudâme, *el-Muğni*, I, 59-60.

42 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'* I, 63; Burhânüddin, *Muhitu'l-Burhâni*, V, 373; Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebir*, XV, 159; Kurtubî, *el-Câmiu' li-ahkâmi'l-Kur'an*, II, 221; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, s. 423; İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, I, 79; Serahsî, *el-Mebisût*, I, 151; *el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye*, "Meyte", XXXIX, 388.

43 İbn Kudâme, *el-Muğni*, IX, 429; *el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye*, "Meyte", XXXIX, 393.

44 Nevevî, *el-Minhâc*, XI, 6-7; Kastalâni, *İrşâdü's-sârî*, IV, 114; Muhammed b. Ali b. Muhammed eş-Şevkânî,

ra katılmayan Hanefiler ise lâşeden hiçbir şekilde yararlanmanın caiz olmadığını söylemişlerdir. Yaptıkları açıklama ve gerekçelendirmelerden anlaşıldığı kadarıyla Hanefî mezhebi âlimleri,⁴⁵ necisliğinden ziyade ilgili nasslarda mutlak olarak haram kılınmış olması ve önemle kendisinden sakındırılmasından dolayı lâşeden faydalanmayı tecviz etmemişlerdir.⁴⁶ Nitekim onlar lâşe gibi necis⁴⁷ gördükleri yırtıcı kuşlar ile saldırgan hayvanların⁴⁸ etlerinin köpek ve kediye verilmesine cevaz vermişlerdir. Hanefiler bu görüşü dile getirirken, söz konusu hayvanlardan bu şekilde faydalanmanın yasaklanmamış olmasını gerekçe göstermişlerdir. Öte yandan onlar, bu hayvanların etinden yararlanabilmek için tezkiyeyi/boğazlamayı şart koşmuşlardır. Onların ileri sürdüğü bu şart da bahsi edilen tespiti teyit eder niteliktedir. Zira tezkiye mezkûr hayvanları insan tüketimi için helâl hale getirmedeği halde, bunlardan yararlanabilmek için tezkiyeyi gerekli görmeleri, lâşeden faydalanmaya dair görüşlerinden kaynaklanmaktadır.⁴⁹ Söz konusu hayvanlardan tezkiyesiz ölenler, eti helâl olan hayvanların lâşesi durumuna geleceğinden Hanefiler, bunlardan faydalanabilmek için tezkiyeyi şart koşmuşlardır. Nitekim lâşenin yırtıcı hayvanlara yem olarak verilmesini tecviz eden Şâfiîler ile Hanbelîler, sözü edilen hayvanların etini kedi köpeğe yedirebilmek için tezkiyeyi gerekli görmemişlerdir.⁵⁰

Bu iki farklı yaklaşımdan birini tercih etmeden önce lâşe yemeye ilişkin haramlığın, insan tüketimine yönelik bir yasaklama olduğunu belirtmek gerekmektedir. Lâşenin haram olduğunu bildiren ayetler ile siyak ve sibaklarındaki ifadelerde insana helâl ve haram olan yiyeceklerden bahsedilmiş olması,⁵¹ bunu

Neylü'l-evtâr şerhu Münteka'l-Ahbâr, Beytü'l-efkârî'd-düveliyye, Lübnan 2004, s. 973.

- 45 İmam Mâlik'ten nakledilen bir görüşe göre o da lâşeyi haram kılan ayetler ve lâşeden faydalanmayı yasaklayan rivayetleri delil göstererek köpek ve yırtıcı hayvanlara yedirmek dâhil lâşeden herhangi şekilde yararlanmanın caiz olmadığını söylemiştir. İmam Mâlik, lâşeyi kendi kendilerine yemeleri durumunda ise köpek veya yırtıcı hayvanlara karışılmayacağını da söylemiştir. Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmî'l-Kur'an*, II, 218.
- 46 Serahsî, *el-Mebsût*, I, 203; X, 198; Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, I, 130; İbn Âşûr, *et-Tahrîr ve't-tenvîr*, II, 116.
- 47 Abdullah b. Mahmud b. Mevdûd Mecdüddîn Ebû'l-Fadl el-Mevsilî, *el-İhtiyâr li ta'lîli'l-Muhtâr*, Matba'atü'l-Halebî, Kahire 1937, V, 13.
- 48 Müslim, "Sayd ve'z-Zebâih", 3 (1934); Ebû Dâvud, "Et'ime", 32 (3803).
- 49 Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 20; Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, V, 142; Burhânüddîn, *Muhîtu'l-Burhânî*, VI, 349. Meyte derisini tabaklamanın, eti yenen hayvanı tezkiye etmek gibi olduğunu bildiren rivayetler, lâşenin değil, derisinin hükmünü bildirmektedir. Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed b. Selâme el-Ezdi el-Hacri el-Mısıri et-Tahâvî, *Şerhu me'âni'l-âsar*, Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, Beyrut 1399h., I, 471.
- 50 Onlar bu hususta, aynı zamanda tezkiyenin, eti helâl olmayan hayvanların etini necis olmaktan kurtarmayacağını da ifade etmişlerdir. İbn Kudâme, *el-Muğni*, I, 37, 52.
- 51 "Ey iman edenler! Size verdiğimiz rızıkların temiz olanlarından yiyin... Allah size ancak ölüyü (leşi), kanı, domuz etini ve Allah'tan başkası adına kesileni haram kıldı. Her kim bunlardan yemeye mecbur kalırsa, başkasının hakkına saldırmadan ve haddi aşmadan bir miktar yemesinde günah yoktur..." el-Bakara 2/172-3; en-Nahl 16/114-5; el-Enâm 6/145.

göstermektedir. Aynı şekilde lâşe derisinden faydalanmak konusunda sahabenin çekimserliğini gören Hz. Peygamber'in haram kılınan şeyin lâşeyi yemek olduğunu vurgulamış olması⁵² da lâşe yasağının insan tüketimine dair olduğunu ortaya koymaktadır.⁵³ Konuya bu zaviyeden bakıldığında, lâşenin eğitilmiş yırtıcı hayvanlara yem olarak verilmesi konusunda cumhurun savunduğu görüşün daha isabetli olduğunu söylemek mümkündür.

Necislik bakımından lâşe ile aynı gruptan kabul edilen kan, kendisinden faydalanma konusunda da lâşe ile aynı hükme tabi tutulmuştur. Ancak cumhurun lâşeyi yırtıcı hayvanlara yem olarak vermeyi tecviz etmiş olmasından, lâşedeki kandan da bu şekilde faydalanmayı mubah gördüğü anlaşılmaktadır. Lâşedeki kanın etçil hayvanlara yedirilmesi tecviz edilmemiş olsaydı, bunun için ayrıca kayıt düşülmüş olmalıydı ki kaynaklarda bu yönde herhangi bir ifade bulunmamaktadır. Lâşe kanına dair bu hüküm, aslında eti helâl olan hayvanlardan akan kan için de geçerlidir. Zira her iki kan da nassların yasakladığı, damardan akan kandır. Ancak klasik eserlerde böyle bir hükme rastlamadığımızı ifade etmeliyiz. Hayvan kesim tesislerinin olmadığı eski dönemlerde hayvan vücudundan akan kanın fazla beklemeden toprağa karışıp kaybolması veya lâşeye oranla oldukça düşük bir hacme tekabül etmesinden dolayı bu yönde bir hükmün belirtilmesine ihtiyaç duyulmamış olması mümkündür.

Kedi, köpek veya eğitilmiş yırtıcı hayvanlara domuz eti ve yağını yem olarak vermenin hükmü konusunda temel kaynaklarımızda herhangi bir değerlendirme ile karşılaşmadık. Bu durumu, kendisinden bu şekilde yararlanmanın hükmünü gündeme getirecek derecede domuzun müslüman bölgede yaygın olmadığı ihtimaliyle açıklamak mümkündür. Müslümanların domuzu haram ve necis kabul etmelerinin, dolayısıyla beslememiş ve avlamamış olmalarının, eti helâl olan hayvanlara nispetle domuzun müslüman yerleşim yerlerinde nadiren karşılaşılan bir hayvan olmasına yol açmış olması muhtemeldir.

Necisliğin lâşe, kan, domuz eti ve yağından faydalanmanın hükmüne etkisi hakkındaki bu bilgi ve değerlendirmelerden sonra, necis hayvansal atıklardan, eti yenen hayvanların yem malzemesine dönüştürerek faydalanmanın hükmü konusunda şunları söylemek mümkündür:

52 Rivayete göre Hz. Peygamber ölü bir koyunun yanından geçince, "Derisini alıp, tabakladıktan sonra kullansaydınız ya?" demiştir. Bunun üzerine kendisine koyunun murdar olduğu söylenmiştir. Hz. Peygamber ise "Onun yenmesi haramdır." diyerek derisinden yararlanmanın caiz olduğunu söylemiştir. Muhammed b. İsmail Ebû Abdillâh el-Buhârî, *el-Câmi'u's-sahîh*, Dâru't-tavki'n-necâh, 1422h., "Büyü", 101, (2221); Müslim, "Hayz", 27 (363); Kastalâni, *İrşâdü's-sâri*, IV, 105; Nevevî, *el-Minhâc*, IV, 51-4.

53 Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, I, 140; İbn Âşûr, *et-Tahrîr ve't-tenvîr*, VI, 88.

- Cumhurun lâşeyi yırtıcı hayvanlara yedirmeye ilişkin verdiği cevaza dayanarak, necis hayvansal atıklardan faydalanmayı mubah gördüğünü düşünüp, bunları karma yemde de değerlendirmenin caiz olabileceği yönünde bir kanaat geliştirilebilir. Ancak onların bu cevazı verirken yırtıcı hayvanların ne de olsa eti yenen hayvanlar olmadığını özellikle belirtmiş olması,⁵⁴ necis hayvansal atıkların eti helâl olan hayvanlara yem olarak verilmesini uygun görmediklerini göstermektedir.

- Lâşe, kan ve domuzu haram kılan ayetlerdeki yasaklayıcı hitap, nassın ibaresinin delaletiyle, insan tüketimine yöneliktir. Dolayısıyla bu şeylerdeki necislik, esasen bunların insan tarafından tüketilmesini engelleyen bir niteliktir. Yasağın insanlara yönelik olduğu tespitinden yola çıkarak bahse konu olan ayetlerin, hayvansal atıkları eti helâl olan hayvanlara yedirmeyi haram kılmadığını düşünmek mümkündür; ancak bunu helâl kıldığı yönünde bir çıkarımda bulunmak da isabetli değildir. Böyle bir hükme ulaşabilmek için hayvansal atıklardan bu şekilde yararlanmanın helâl olduğunu veya haram olmadığını açıkça ifade eden nassların bulunması yahut en azından haram olduğunu ifade eden herhangi bir ayet veya hadisin bulunmaması gerekir. Hayvansal atıkları eti helâl olan hayvanlara yedirmenin helâl veya haram olduğunu bildiren herhangi bir ayet bulunmamakla birlikte, eti yenen hayvanları necis şeylerle beslemenin uygun olmadığına güçlü bir şekilde işaret eden rivayetler⁵⁵ mevcuttur.

Cumhurun yukarıda paylaştığımız yaklaşımı, Hanefiler'in lâşeden hiçbir şekilde faydalanmayı mubah görmemiş olmaları, âlimlerin ittifakla kan ve domuz eti ile yağından yararlanmaya cevaz vermemiş olmaları ve ilgili nasslardan çıkardığımız sonuç birlikte değerlendirildiğinde, eti yenen hayvanların yemine eklemek suretiyle necis hayvansal atıklardan faydalanmanın dinen uygun olmayacağını söylemek mümkündür.

54 İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 429.

55 Hz. Peygamber cellâle (eti helâl olup da çokça pislik tüketen) hayvanların etinden ve sütünden faydalanmaktan ve cellâle deveye binmekten sakındırmaştır (Ebû İsa Muhammed b. İsa b. Sevre et-Tirmizî, *el-Câmiu'l-kebir*, Dâru'l-ğarbi'l-İslâmi, Beyrut 1998, "Et'ime", 24 (1824-5); İbn Mâce, "Zebâih", 11 (3189); Ebû Dâvûd, "Et'ime", 25 (3785-7); Ebû İbrâhîm İzzüddin Muhammed b. el-İmâm el-Mütevekkil-Alellâh İsmâil es-Sanâni, *Sübülüs-selâm*, Dâru'l-hadis, yy. tsz., II, 512-3; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, s. 1611). Onun bu yönlendirmesinde, eti helâl olan hayvanlardan tam olarak faydalanabilmek için onları necis şeylerle beslememek gerektiği anlamı da bulunmaktadır.

III. NECİSLİĞİN HAYVANSAL ATIKLARI TİCARİ AKDE KONU ETMENİN HÜKMÜNE ETKİSİ

Necislik, kan, lâşe ve domuzu, eti helâl olan hayvanlar için yem malzemesine dönüştürmek amacıyla alıp satmanın hükmünü doğrudan etkileyen bir husustur. Hayvansal atıkları yemde değerlendirmek amacıyla ticari akde konu etmenin caiz olmadığını düşünen araştırmacılar, başka gerekçelerin yanı sıra bu maddelerin necis oluşunu da görüşlerine bir dayanak olarak göstermişlerdir.⁵⁶

Şer’î hükümlerin temel kaynağı olan Kur’an’da kan, lâşe ve domuz eti satışının hükmü hakkında herhangi bir ifade yer almamaktadır. Ancak hadis kaynaklarında Hz. Peygamber’in bu maddeleri ticari akde konu etmekten sakındırdığına dair rivayetler mevcuttur.⁵⁷ Aslında Hz. Peygamber, bu tasarrufla müstakil bir hüküm ortaya koymuş olmaktan ziyade ayetlerin sözü edilen maddelere yönelik mutlak yasağının gerektirdiği bir durumu ortaya koymuştur.⁵⁸ İslam âlimleri bu sakındırıcı rivayetleri esas alarak kan, lâşe ve domuz etini alıp satmanın hükmü hakkında görüş geliştirmişlerdir. Aynı zamanda söz konusu maddelerin insan gıdası olarak tüketilmesini yasaklayan ayetleri ve bu maddelerin necis oluşu ile ilgili tespitleri de göz önünde bulundurmışlardır.

Yem sanayisinde kullanılan hayvansal atıklardan biri olan kanın satışı ile ilgili hadiste Hz. Peygamber, “kan ücreti”ni alıp vermektan sakındırmaktadır. Bu rivayette geçen ve kan ücreti anlamına gelen “semenü’d-dem” (ثمن الدم) ifadesi,⁵⁹ hacamat/kan aldırma⁶⁰ ücreti ve hayvandan akan kanın ücreti olmak üzere iki şekilde yorumlanmıştır. Bu ifade her iki anlama da açık olmakla birlikte, âlimler kan tüketimini yasaklayan ayetler ile kanın necis olduğuna dair kanaatten yola çıkarak hayvandan akan kanı satmanın haram olduğu hususunda görüş birliğine varmışlardır.⁶¹

Cahiliye döneminde kanın bağırsaklara doldurulup sucuk olarak tüketildiğine dair bilgi göz önünde bulundurulduğunda kan satış yasağının esasen insan

56 Koşum, “Hayvansal Ürünlerin Üretiminde Besleme ve Helâllik”, *İHAD*, Sy., 22, s. 18.

57 Buhârî, “Büyü”, 122, (2236); Müslim, “Müsâkât”, 13 (1581); Ebü Dâvûd, “Büyü”, 66 (3486); İbn Mâce, “Ticârât”, 11 (2167).

58 Cessâs, *Ahkâmü’l-Kur’an*, I, 143.

59 Buhârî, “Büyü”, 25, (2086).

60 Hacamat, sağlık amacıyla derinin bir neşter yardımıyla çizilip, ağzı geniş olan bir cisim ile vücuttan kanın çekilmesi şeklinde gerçekleştirilen bir uygulamadır. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Hacamat> (10.01.2017).

61 İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 192; V, 37; Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 24; Ahmed b. Ali Ebü’l-Fadl b. Hacer el-Askalânî, *Fethu’l-Bâri bi Şerhi Sahîhi’l-Buhârî*, Dâru’l-ma’rife, Riyad 1379h., IV 427; Şevkânî, *Neylû’l-evtâr*, s. 975; Cessâs, *Ahkâmü’l-Kur’an*, II, 219; Kurtubî, *el-Câmiu’ li-ahkâmi’l-Kur’an*, VI, 289.

tüketimine yönelik olduğu görülmektedir.⁶² Nitekim ilgili ayetlerde kanın insan tarafından tüketilmesinin haram kılındığı ifade edilmektedir. Buna göre kan satışı yasaklayan nasslar, kanı insan tüketimi dışındaki alanlarda kullanmak üzere alıp satmakla doğrudan ilgili değildir. Bu konuya özel herhangi bir nassın varid olmayışını ise vahyin nazil olduğu dönemde kanı yeme dönüştürmek gibi insan tüketimi dışındaki alanlarda kullanma deneyiminin bulunmayışına bağlamak mümkündür. Klasik eserlerde bu hususla ilgili fikhî görüşün bulunmayışını da bu mantıkla açıklamak mümkündür.

Lâşenin satışına ilişkin rivayetlerde onun insan tüketimi dışında kullanımına da değinilmektedir. İlgili rivayetlerden birine göre Mekke'nin fethedildiği günlerde Hz. Peygamber şarap, lâşe, domuz ve put satışının haram olduğunu bildirmiştir. Onun yanında bulunanlar, kendisine lâşe yağının gemi ve deri yağlama ile aydınlatmada kullanıldığını hatırlatarak hükmünü tekrar sormuşlardır. Bunun üzerine Hz. Peygamber, “Hayır, o haramdır.” demiş ve peşinden Yahudilere hayvanın iç yağı yasaklandığı halde onların bunu eritip sattıklarını ve onun ücretini yediklerini anlatıp, yahudileri kınamıştır.⁶³ Hz. Peygamber'in lâşe yağı ile ilgili soruya verdiği “Hayır, o haramdır.” şeklindeki cevapta haram olduğu kastedilen şeyin neliği konusunda iki farklı yorum yapılmıştır. Şâfiiler ile Hanefiler başta olmak üzere İslam âlimlerinin çoğunluğu, bu söz ile lâşe yağı satışının kastedildiğini söylemişlerdir.⁶⁴ İslam âlimlerinin bir kısmı ise haram kılınan şeyin, rivayette bahsi geçen lâşe yağından faydalanma şekilleri olduğunu düşünmüşlerdir.⁶⁵ Ancak lâşe eti ve yağını alıp satmanın caiz olmadığı hususunda fukaha arasında görüş birliği oluşmuştur.⁶⁶ Bu icmânın senedi, sözü edilen rivayetin baş tarafında bu maddeleri satışa konu etmenin haram kılındığının açıkça belirtilmiş olmasıdır. Bu ortak kanaatin oluşumunda ayrıca, ilgili ayetlerdeki mutlak tahrîmin satarak yararlanma dâhil her türlü faydalanmaya şamil olduğu şeklindeki düşünce⁶⁷ ile

62 Muhammed er-Râzî Fahrüddin, *Tefsîru Fahri'r-Râzî el-müştehir bi't-tefsîri'l-kebir*, Dâru'l-fikr, Beyrut 1981, XI, 135; Elmalılı Muhammed Hamdi Yazır, *Hak Dini Kur'an Dili*, Diyanet İşl. Reisiği Neşriyatı, Matbaai Ebüzziya, İst. 1938, II, 1557; İbn Âşûr, *et-Tahrir ve't-tenvir*, II, 118.

63 Buhârî, “Büyü”, 122 (2236); Müslim, “Müsâkât”, 13 (1581); Ebû Dâvûd, “Büyü”, 66 (3486).

64 İbn Battâl, *Şerhu Sahihi'l-Buhârî*, VI, 360; İbn Hacer, *Fethu'l-bâri*, IV, 425; Kastalânî, *İrşâdü's-sâri*, IV, 114.

65 İbn Kudâme, *el-Muğni*, IX, 428; Mansur b. Yunus b. Salâhiddin el-Buhûti, *Keşşâfü'l-kınâ' an metni'l-İknâ'*, Dâru'l-kütübü'l-ilmîyye, yy. ts., II, 156; *Neylü'l-evtâr*, s. 974.

66 Nevevî, *el-Minhâc*, XI, 8; Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 24; Burhânüddin, *Muhîtu'l-Burhânî*, V, 496; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV, 192; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, s. 537; İbn Battâl, *Şerhu Sahihi'l-Buhârî*, VI, 360; İbn Hacer, *Fethu'l-bâri*, IV, 425; Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, I, 142; Kurtubî, *el-Câmiu' li-ahkâmi'l-Kur'an*, II, 228.

67 Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, II, 219.

bir şeyin haram kılınmış olmasının onun satımını da kapsadığı yönündeki temel ilkenin⁶⁸ etkisi de bulunmaktadır.

Domuzun hükmü ile ilgili rivayetlerde bu hayvanın satışı mutlak olarak yasaklanmış; ancak insan tüketimi haricindeki alanlarda kullanımı ve bu amaçla alım satımına ilişkin herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Fukaha, ayetlerde domuzun rics/necis sayılıp insanlar tarafından bir gıda malzemesi olarak kullanılmasının haram kılınmış olması ve ilgili rivayetlerde satışının yasaklanmış olmasına dayanarak domuz alım satımını mutlak olarak haram görmüştür.⁶⁹

Görüldüğü gibi ayetlerde tüketimi haram kılınan, hadislerde ise satışından sakındırılan kan, lâşe ve domuz eti ile yağının ticaretini yapmak, İslam âlimlerince mutlak olarak haram görülmüştür. Bu genel kabul esas alınırca söz konusu şeyleri eti mubah olan hayvanların yeminde kullanmak üzere alım satımını yapmak da haram hükmünü alır.

SONUÇ

Hayvanların insan tüketimine yaramayan et, yağ, kan, kemik ve tüy gibi parçaları, yemde protein kaynağı olarak kullanılmaktadır. Bu maddeler hayvan tüketimine hazır hale getirilmek üzere rendering sistemlerinde çeşitli işlemlerden geçirildikten sonra karma yeme eklenmektedir. Hayvansal yan ürünler olarak nitelendirilen bu maddeleri eti yenen hayvanların yemine dönüştürmek amacıyla ticari akde konu etmek, yeni sayılabilecek bir hadise olduğu için klasik kaynaklarda bu konunun fikhî hükmüne dair herhangi bir görüş bulunmamaktadır. Hayvansal yan ürünlerin mütekavimlik değerini tespit etmek üzere yapılan bu çalışmada şu sonuçlara ulaşılmıştır:

- Hayvansal yan ürüne dönüştürülen lâşe, kan, domuz eti ve yağı necis; usulüne uygun bir şekilde kesilen ve eti helâl olan hayvanlardan elde edilen et, yağ, kemik ve tüy ise temizdir.

- Bu maddelerin necis olanlarından faydalanmak, ayetlerle haram kılınmıştır. Hz. Peygamber bu hüküm doğrultusunda, bunları ticarî akde konu etmekten menetmiştir.

68 Kurtubî, *el-Câmiu' li-ahkâmi'l-Kur'an*, II, 220; Hattâb er-Ruaynî, *Mevâhibü'l-celîl*, IV, 259.

69 Nevevî, *el-Minhâc*, XI, 8; Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 24; Burhânüddin, *Muhîtu'l-Burhânî*, V, 496; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV, 192; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 537; Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, II, 219.

- Fukaha, ilgili nasslara dayanarak lâşe, kan, domuz eti ve yağının alım satımını mutlak olarak haram görmüştür. Necis hayvansal atıkların alım satımına ilişkin bu hüküm, bunların protein kaynağı olarak yemde kullanılması amacıyla ticareti için de geçerlidir.

- Eti helâl olup, usulüne uygun şekilde kesilen hayvanların etini, yağını, kemiğini ve tüyünü eti yenen hayvanların yeminde kullanmak üzere ticari akde konu etmenin hükmü, bu ürünlerin hayvan fitratına uyumluluğu ve sağlığına etkisi ile doğrudan ilgilidir. Sağlık açısından risk teşkil etmeyen ve tüketecek hayvanın anatomik ve metabolik yapısına uygun olan temiz atıkların yemde değerlendirilmek üzere alım satımı caizdir; bu özelliğe sahip olmayan atıkların ticareti ise uygun değildir.

HAYVAN REFAHI BAĞLAMINDA FIKIHTA HAYVAN KESİMİ*

Prof. Dr. Adnan KOŞUM**

Özet: Günümüzde hayvan refahı bağlamında gündeme taşınan konulardan biri, hayvanların kesimi meselesidir. Batı dünyasında hayvanlar çeşitli yöntemlerle bayıltılarak kesildiğinden dolayı hayvan refahı savunucuları Batıda uygulanan kesim yöntemlerinin hayvan refahına uygun olduğunu, İslam dünyasında ise hayvanlar hala geleneksel İslami yöntemlere göre kesildiği için hayvanların kesim esnasında stres altında olduklarını, büyük acı çektiklerini ileri sürmektedirler. Bu çalışma, hayvan kesimi konusunda ileri sürülen iddiaların yerinde olup olmadığını tespit etme amacını gütmektedir. Yine Batıda yapılan bilimsel araştırmalar, Batı dünyasında uygulanan kesim tekniklerinin hayvan refahı bakımından sorunlu olduğunu, iddia edilen aksine geleneksel İslami kesimin Batıdakilerle nazaran hayvanlara daha az acı verdiğini ortaya koymuştur.

Anahtar Kelimeler: Hayvan refahı, İslami hayvan kesimi, bayılma yöntemleri.

Animal Slaughter In Fiqh In the Context of Animal Welfare

Abstract: Today, one of the issues that are raised the agenda in the context of animal welfare is the issue of animal slaughter. Advocates of animal welfare in the western world argue that the western cut-off methods are appropriate for animal welfare because animals are cut off by various stunning methods but, in the Islamic world, animals are still suffering during slaughter because they are cut according to traditional Islamic methods. This study aims to determine whether the allegations made in relation to animal slaughter are correct. Scientific researches in the West have also shown that Western slaughtering techniques are problematic in terms of animal welfare, as opposed to the traditional Islamic slaughter is less painful to animals than in the West.

Keywords: Animal welfare, Islamic slaughter, the methods of stunning.

GİRİŞ

Özellikle günümüz endüstriyel hayvan üretiminde, kesim işlemleri esas itibarıyla hijyen, et kalitesi, ucuzluk, kolaylık ve serilik vs. bir çok yönden tartışılmaktadır. Ancak burada mesele, diğer tartışmalardan sarf-ı nazar edilerek hayvan refahı yönüyle ele alınacaktır. Fıkıhta hayvan kesimi hakkındaki hükümler noktasında günümüzde dile getirilen hususlardan bir tanesi, klasik kaynaklarımızda zikredilen ve uygulanan kesim yöntemlerinin hayvan refahı (gönenci) bakımından

* Makale, TÜBİTAK tarafından desteklenen 114K809 nolu projenin bir çıktısıdır.

** SDÜ İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi, adnankosum@sdu.edu.tr

sakıncalı, hayvan haklarına aykırı olduğu ve hayvanlara çok eziyet verdiği, artık günümüzde hayvanlara acı vermeyecek ve strese yol açmayacak yöntemlerin geliştirildiği ve kesimde bunların uygulanmasının gerekli olduğudur.¹

Hayvan refahı hayvanların bakım, besleme, barındırma vb. tüm aşamaları kapsamaktadır. Ancak burada kesim öncesi ve kesim sırasındaki hayvan refahı üzerinde durulacaktır. Çalışmada öncelikle ibadet amaçlı olsun veya olmasın İslam hukuku tarafından öngörülen klasik kesim şeklinin nasıl olduğu ve hangi amaçlar taşıdığı, daha sonra modern dönemde ileri sürülen yöntemlerin nitelikleri, fıkha uygun olup olmadıkları hayvan refahı yönünden hangisinin daha üstün olduğu tespit edilmeye gayret edilecektir. Bilindiği üzere fikhın öngördüğü kesim şeklinin temel hedeflerinden biri de kesimin helallik ölçütlerine uygun yapılmasıdır. Bu bağlamda çalışmanın başlığı “*helal kesim ve hayvan refahı*” şeklinde koluyla bile muhtevasında herhangi bir değişiklik olmayacaktır.

Öte yandan hayvan kesimi konusunda Arap aleminde kaleme alınan makaleler meseleyi salt hayvan refahı değil, helallik ve hijyen meselesi boyutunda ele almakta, hayvan refahına da kısmen değinilmektedir. Arap dünyasındaki çalışmalar ülkemizdeki çalışmalarda olduğu gibi genel anlamda bizzat yazar(lar)ın laboratuvar ve kesim esnasındaki tecrübi deneylerine dayanmayan makaleler olup, klasik kaynaklara ve Batı dünyasında yapılan araştırmalara atıfta bulunarak kaleme alınan eserlerdir. Genellikle fikhî kesimi savunan çalışmalar olup, iki özellik ve gaye taşımaktadırlar. Birincisi fikhî kesimin daha fazla kanın akması noktasında hijyen ve et kalitesi itibarıyla üstünlüğünü vurgulamak, ikincisi hayvan refahı itibarıyla modern kesimlere üstünlüğünü ortaya çıkarmak amaçlı çalışmalardır.² Bizim çalışmamız her ne kadar şahsi tecrübe ve deneylere dayanmasa da, diğerlerinden farklı olarak meseleyi sadece hayvan refahı açısından almakta ve bu konuda şu ana kadar ki mevcut Batı ve İslâm alemindeki literatürü esas alarak incelemektedir.

1 Batılı kesim yöntemlerinde esas amacın zahirde, her ne kadar kesim esnasındaki acıyı azaltmak, insani yöntemleri kullanmak olduğu ifade edilse de, araştırmalardaki ifadelerden temel hedeflerden birinin hayvanlarda hayvanların mukavemetini kırmak suretiyle kendilerine zarar vermelerini önlemek ve böylelikle et kalitesini artırma, bir diğerinin de kesene zarar vermesini engelleme ve kesimi kolaylaştırma olduğu dikkati çeker.

2 Bu konuda öne çıkan çalışmalar: en-Nedvi, Nadi Kubeysi - el-Beşir, Hasen Abdulgaffar, *ez-Zekātuş-Şer'iyye ve Mevkifü'l-Fikhî'l-İslâmî min Turuki Zebhi'l-Hadise*, *Mecelletü Câmîati'l-Medîne el-Âlemiyye*, el-adedü'l-âşir, 2014 künyesini taşıyan makale için bk. <http://ojs.mediu.edu.my/index.php/majmaa/article/view/68>; el-Barazî, Muhammed Fuâd, *ez-Zebhu'l-İslâmî ve Mezâyâhü ve'z-Zebhu'l-Garbi ve Hafâyâhü*, *Mu'temerü'l-Halici'l-Evvel Li Smâati'l-Halâl ve Hidemâtühü*, 2011, Kuveyt; Muhammed Abdulhalim Ömer, el-Mumârasât el-Mustahdese li'z-zebhi fi dav'i ahkâmîş-Şeriatî'l-İslâmîyye, *Mu'temeru 'ez-Zebâih Beyneş-Şeriatî'l-İslâmîyye ve'l-Mümârasât el-Ameliyye*, yy. tsz.; Müsfir b. Ali el-Kahtâni, *Ahkâmu't-Tezkiyeti'l-Muâsıra*, *Mecelletü'l-Adl*, 1433, adet: 54.

Batı dünyasında ise, hayvan kesimi hakkındaki çalışmaları “*Meat Science: Et Bilimi*” adlı İngiltere’de yayınlanan bir dergide bulmak mümkündür. Kırk yıl gibi bir geçmişe dayanan söz konusu dergide bu alanda gerçekleştirilen deneysel araştırmaların tümünü görmek mümkündür.³ Yine kanatlı hayvanlarla ilgili olarak deneysel araştırmaların yer aldığı Yeni Zelanda’da yayınlanan *World’s Poultry Science Journal*⁴ adlı dergi de kanatlı hayvanların kesimindeki tekniklerle ilgili önemli yayınlardan biridir. Bu çalışmaların bir kısmı her ne kadar hayvan refahına da vurgu yapılmıyorsa da, genellikle ticari açıdan et kalitesini artırma hedefi ön plana çıkmaktadır.

1. FIKIHTA HAYVAN KESİMİ VE HAYVAN REFAHI BAĞLAMINDA İNCELENMESİ

a. Kesim İşlemi

Chahiliyye döneminde Araplar ayette de belirtildiği (Mâide, V/3) üzere hayvanları başlarına vurarak veya boğarak öldürüp sonra da etlerini de yerlerdi.⁵ Hayvan refahına aykırı bu tür uygulamalar İslâm gelince yasaklanmış, bu tür hayvanların etleri haram kabul edilmiştir.

Eti helal olan kara hayvanlarının etinin yenilmesi için hayatlarının İslam fikhının muteber gördüğü bir müdahale ile sona ermesi şarttır. Arapça’da hayvanların kesimi ile ilgili olarak üç terim kullanılır. Bunlar zebh, nahr, tezkiyedir. Zebh; boğazlamak, hayvanın boğazına bıçak vurup damarlarını kesmek demektir. Boğazlanmış veya boğazlanacak hayvana da “zebîh” veya “zebîha” denir. Ancak bu terim daha çok sığır, koyun ve keçi gibi hayvanların çene altından meşrû şekilde kesimini ifade eder.⁶ Nahr; bir hayvanı göğsü üzerinden bıçak vurup, boğaz damarlarını kesmek, demektir. Bu, deve cinsi hayvanın kesim şeklidir. Deveyi çene altından kesmek (zebh) mekruh olduğu gibi, koyun ve sığır cinsini de göğsü üzerinden kesmek (nahr) mekruhtur. Bununla birlikte etleri yenilebilir.⁷ Tezkiye; ise, zikredilen gerçek kesimi veya bir av hayvanını ya da azgın bir ehli hayvanı

3 Bk. <https://www.journals.elsevier.com/meat-science>.

4 Derginin internet adresi için bk. <https://www.cambridge.org/core/journals/world-s-poultry-science-journal>.

5 Kaya, Remzi, *Kur’an-ı Kerim ve Kitab-ı Mukaddes’te Helâl ve Haram Gıdalar*, İstanbul 2000, Kaya Matbaası, s. 21.

6 es-Serahsi, Muhammed b. Ebu Sehl, *el-Mebsût, Dâru’l-Ma’rife*, Beyrut, 1406, XII, 3; el-Mevsili, Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd, *el-İhtiyâr li Talîl’-Muhtâr*, İstanbul 1984, V, 9.

7 Serahsi, *Mebsût*, XII, 2; el-Mevsili, a.g.e., V, 11; *el-Fetâvâ el-Hindiyye*, V, 288.

herhangi bir yerinden kan akıtıcı bir aletle öldürmek şeklindeki hükmi kesimi kapsamına alır.⁸

Hadislerde kesim zebh ve nahr kelimeleriyle geçmektedir. Buhârî şer’î kesimi müstakil bir bâbta (بَابُ النَّحْرِ وَالذَّبْحِ “Nahr ve Zebbh Bâbı”) anlatır. Mesele- nin Kur’ân-ı Kerim’le açıklandığını belirtme sadedinde âyet-i kerime’ye (Bakara II/67-71) atıfta bulunan Buhârî, normal kesimi tarifte, İbnu Cüreyc’in “لا ذبح ولا منحر إلا في المذبح والمنحر” Zebh ve nahr adıyla yapılan kesimler (hayvanın boynundaki muayyen) kesim yerlerinden yapılmalıdır” sözünü kaydeder.⁹

Fıkıhta kesim kuralları diğer olaylarda olduğu gibi naslara dayanmaktadır. Hayvanların kesimi konusu fıkıh kitaplarında “kitâbu’z-zebâih” (tekili zebâiha), “kitâbu’l-udhiyye” ve “kitâbu’s-sayd” başlıkları altında ayrı bir bölüm halinde ele alınıp incelenir. Hayvanları boğazlama klasik literatürde zebh ve tezkiye/zekât kelimeleriyle, develerin nispeten farklı kesim usulü de nahr kelimesiyle ifade edilir. Balık gibi sadece suda yaşayan hayvanların boğazlanması ve kanlarının akıtılması şart olmadığı için, hayvanların kesimi ve boğazlanmasından söz edildiğinde kural olarak, kara hayvanları ile hem su hem de karada yaşayabilen hayvanlar kastedilir.

Fukaha kesim konusundaki bir hadisi şerife¹⁰ dayanarak kesim (kanatma) işleminin boğaz bölgesinden olduğu noktasında görüş birliği içindedirler. Ana damarların bulunduğu ve kanın akıtılmasının gerçekleşeceği ve buna bağlı olarak hayvanın süratli bir şekilde acı çekmeden öleceği yer olması hasebiyle bu bölgenin haricinde başka bir yerden kesim yapmaya cevaz verilmemiştir.¹¹ Fukaha kesim mahallinin çene altı (halk ve libbe) olduğunu ifade ederken burasının damarların toplandığı yer olduğunu ve kan akmasının daha fazla olup aynı zamanda da hayvanın ruhunun süratle çıkacağından bahisle acısını azaltacağını ileri sürmektedirler. Bu bağlamda hayvanın boyun derisi kesilip atardamarları (evdâc) kesilmeden ölünceye kadar öylece bırakılması şeklindeki “şeytan yarması=şerîtatü’ş-şeytân” yasaklanmıştır.¹²

8 Burada dikkat edilmesi gereken husus, ister gerçek kesim, isterse hükmi kesim olsun tezkiyenin kara hayvanlarına mahsus olmasıdır. Her ne kadar bazı fakihlere göre karada benzeri bulunan bazı deniz hayvanlarının tezkiye edilmesi şart koşulsu da mezheplerin büyük çoğunluğu tezkiyeyi, çekirge hariç kara hayvanlarına mahsus kılmıştır.

9 Buhârî, Muhammed b. İsmail, *Sahihi'l-Buhâri*, Dâru İbn Kesîr, 1987/1407, thk. Mustafa Dîb el-Buğa, V, 2098.

10 “Kesim yeri boynun alt tarafı, gerdan (lebbe) ile çene (lahye) arasındadır.” Buhârî, Zebâih, Sayd 24; İbn Mâce, “Zebâih”; Ebû Dâvûd, “Zebâih” 16; Nesâî, “Dahâyâ” 25; Zeylai, *Nasbu’r-râye*, IV, 185.

11 Zeylai, Osman b. Ali, *Tebyinü'l-hakâik*, V, 290; Bâcî, Süleyman b. Halef, *el-Müntekâ şerhu'l-Muvatta*, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, III, 109.

12 Ebû Dâvûd, “Edâhi”, 16; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, I, 289.

Yine fukahaya göre kesim (tezkiye) esnasında hayvanın boğaz ya da boynunda kesilebilecek dört yapı bulunmaktadır. Hayvanın yemek (mer'i), nefes (hulkum) ve boynun iki yanında vedec (çoğul: evdâc) denilen iki atardamarın (karotis) kesilmesi meşru kesim işlemi olarak bütün mezheplerin görüş birliği içinde olduğu husustur. Ebû Hanifé'ye göre bu dört yapıdan en az üçünün kesilmesi, Şeybânî'ye göre her birinin çoğunluğunun kesilmesi yeterli görülmüştür. Mezhepte tercih edilen Ebû Yûsuf'un görüşüne göre, yemek nefes borusuyla birlikte iki atardamardan birinin kesilmesiyle tezkiye geçerli olacaktır.¹³ Asgari tezkiye şartının yerine gelebilmesi için Şâfiî ve Hanbelîler yemek ve nefes borularının kesilmesini yeterli görürken Malikîler iki atardamarla birlikte nefes borusunun kesilmesini ileri sürmüşlerdir.

Fakihlerden iki atardamarın kesilmesini öngören Malikîler'e göre damarlar vasıtasıyla beyinden beslenme devam etmeyeceği için ölüm daha çabuk olur. Ancak Şâfiî ve Hanbelîler'de olduğu gibi beyne giden atardamarın kesiminin sonraya bırakılması halinde kalp biraz daha çarpmaya devam eder, ölüm uzar bununla birlikte vücuttan daha fazla kan atılır.

Öte yandan hayvanın kendiliğinden ölmüş olması (meyte) halinde eti haram olacağından kesim esnasında hayvanın canlı olması "hayat-ı mustakırra" ve ölümün bu kesim sonucu olması da bir kısım fakihler tarafından şart koşulmuştur. Bunun göstergesi ise kesim esnası ve hemen akabinde hayvanın hareket etmesi ve kanın akmasıdır. Diğer bazıları ise bunun için hayat-ı mustakırرای şart koşmayıp kesimden önce hayvanın canlı olduğunun bilinmesinin yeterli olduğunu ileri sürmüşlerdir.¹⁴ Hayat-ı mustakırranın olmaması hayvanın murdar olması ve kanın akmaması anlamında geldiğinden fukaha bunun üzerinde önemle durmuştur.

b. Şer'î Kesim İşleminde Hayvan Refahına İlişkin Uygulamalar

Fıkıhın hayvanlara karşı merhamet ve şefkat gösterilmesi ve onların ilave bir acı ve ıstırap çekmelerine engel olmak hedefine matuf olarak kesimden önce, kesim esnasında ve kesim sonrasında yerine getirilmesini talep ettiği dinin genel ilkelerinden olan, adap tarzında bazı kuralları vardır. Klasik kaynaklarımızda müs-

13 İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed b. Saîd, *el-Muhallâ bi'l-âsar*, Dâru'l-Fıkr, VII, 441; Kâsânî, Alâuddin Ebû Bekr b. Mes'ûd, *Bedâi'us-Sanâi fî Tertibiş-Şerâi*, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut, 1406/1986, V, 41, 42.

14 Kâsânî, *Bedâi'*, V, 50-51; Şirbînî, Muhammed b. Ahmed el-Hatib, *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meânî Elfâzi'l-Minhâc*, Dâru'l-Fıkr, Beyrut, IV, 269; Merdâvi, Alâuddin Ali b. Süleyman, *el-İnsâf fî ma'rifeti'r-râcih mine'l-hilâf*, Dâru İhyâi't-türâsi'l-Arabî, X, 397-398.

tehap olarak nitelendirilen bu ilke ve kurallar,¹⁵ bugün çağdaş dünyada hayvan refahı kapsamında sıklıkla ve ısrarla dile getirilen uygulamalardır.

Öncelikle kesimden önce hayvan, kendi cinsinden olsa bile vuracak, süsecek veya yaralayacak diğer hayvanların yanına konulmamalıdır. Hayvanın yattığı yer temiz ve rahat tutulmalıdır. Bunlar (hayvan refahı bağlamında) hayvanların insanlar üzerindeki haklarındanır.¹⁶ Kesim öncesi hayvan refahı uygulamaları kabilinden olan kurallardan bir diğeri, hayvanın kesime götürülürken eziyet verilmeden, stressiz bir şekilde götürülmesi veya sevkedilmesidir. Hz. Peygamber bir kişinin koyunu kulağından tutup götürdüğünü görünce : “*Onun kulağını bırak ve onu kulağından daha aşağı olan bir yerinden tut*”¹⁷ buyurur. Yine Hz. Ömer bir keresinde koyunu kesime yerde sürükleyerek götüren birini görünce, ona kamçıyla vurarak şöyle der: “...*Onu ölüme güzel bir şekilde götür.*”¹⁸ Bu nedenle kesimhaneye götürülen hayvanların kulağından veya ayağından sürükleyerek çekip götürmek fakihler tarafından mekruh sayılmıştır.¹⁹ Bilginler, hayvanın kesim yerine stressiz ve yumuşak bir şekilde sevk edilmesi ve kesimden önce hayvana su verilmesi gerektiğini belirtmişlerdir.²⁰

Diğer taraftan kesim sırasında bıçağı hayvanların yanında bilemenin acılarını daha fazla artıracığından kesmek üzere yatırıp, bıçak bilemeye başlayan birisine rastladığı vakit Hz. Peygamber ona “*Sen onu iki sefer mi öldürmek istiyorsun? Niye hayvancağızı yatırmadan önce bıçağını bilemedin?*”²¹ diyerek müdahale etmiştir. Bu hadisi göz önünde bulunduran fukaha, hayvanı yatırmadan önce kesim aletinin keskinleştirilmesini müstehap, yatırdıktan sonra hayvanın gözü önünde keskinleştirmenin ise mekruh olduğunda ittifak etmişlerdir.²² Aynı şekilde kesim

15 Kâsânî, müstehaplar olarak ifade ettiği bu genel kuralları içine alan bir üst kuralı, “es-Sünnetü fi zebhi'l-hayevâni mâ kâna eshelü ale'l-hayevâni ve akrabü ilâ râhatihi: Hayvan kesiminde kural, hayvana en kolay ve rahatına en yakın olanıdır” şeklinde ifade eder. *Bedâi*, V, 60.

16 İzz b. Abdüsselâm, *Kavâidü'l-ahkâm fi islâhi'l-enâm*, thk. Nezih Kemal Hammad-Osman Cum'a Damîriyye, Dâru'l-Kalem, Dimaşk, I, 238.

17 İbn Mâce, “es-Sayd ve'z-Zebâih”, 3.

18 Sanâni, Abdurrezzâk b. Hemmâm, *el-Musannef*, IV, 494, Karaçi, 1983.

19 Serahsî, *el-Mebsût*, 3. Bsk. Beyrut, Dâru'l-Meârif, 1978, XI, 226; İbn Kudâme, Ebü Muhammed Abdullah b. Ahmed b. Muhammed, *el-Muğni*, Beyrut, Dâru'l-Kütübi'l-Arabiyye, 1972, XI, 46. Yine ilgili rivayetlerden hayvanın kesim vs. için nakliyatı esnasında hayvana eziyet verilmemesi, uzun mesafelere taşınmasında da hayvan refahına özen gösterilmesinin gerektiği açık bir şekilde anlaşılır.

20 Mâverdi, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb, *el-Hâvi'l-Kebîr*, thk. Mahmûd Satramî, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1414/1994, XIX, 116; Nevevî, Muhyiddin Yahya b. Şeref, *el-Mecmû şerhu'l-Mühezzeb*, el-Matbaatü'l-Müniriyye, IX, 92.

21 Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, Mısır, II, 171, IV, 204; Hâkim, *Müstedrek*, IV, 257, 260; Beyhakî, *es-Sünenü'l-Kübrâ*, IX, 280.

22 Mevsili, Muhammed b. Abdullah b. Mevdûd, *el-İhtiyâr li Talîli'l-Muhtâr*, Dâru'l-Ma'rif, Beyrut, V, 12;

esnasında hayvan refahı kabilinden olmak üzere hayvanın yumuşak bir şekilde sol tarafına yatırılması, hareket ederek rahatlaması için sağ ayağının serbest bırakılması müstehap davranış olarak kabul edilmiştir.²³

Hız. Peygamber'in kesim esnasında üzerinde durduğu en önemli hususlardan biri, hayvana karşı şefkatli olunması ve eziyet edilmemesidir. Bu minvalde bir hadis-i şerifte “*Kesilene merhamet edene, Allah kıyamet günü rahmet eder*” buyurmaktadır.²⁴ Aynı şekilde kestiği koyuna acıdığını belirten bir adama Hız. Peygamber, “*Sen koyuna acırsan, Allah da sana acır*”²⁵ buyurur. Bir diğer hadiste ise, “*Öldürme tarzında insanların en ölçülüsü, iman sahipleridir*”²⁶ buyurur. Bir başka hadiste ise, “*Allah Teâlâ, her şeyde iyiliği emretmiştir. Öyleyse öldürdüğünüz zaman öldürmeyi güzelce yapın. Kesecek olursanız kesmeyi güzelce yapın. Bıçağın ağzını bileyin. Hayvana (zahmet vermeyin) rahat ettirin*”²⁷ buyurur. Bu nedenle hayvana eziyet etmeden, acı çektirmeden kanını akıtmak kesimde esas kabul edilmiştir ki, bu da ancak kesici bir alet kullanmakla mümkündür. Kesim aleti olarak esas olan bıçakla kesmektir. Bu aletin de acıyı azaltması için keskin olması gerekir. Yine bu doğrultuda Hız. Peygamber: “*Hayvanı keseceğiniz vakit, bıçağı keskinleştiriniz ki onu rahat ettiresiniz*”²⁸ buyurur. Bu doğrultuda fakihler, keskin bir bıçakla ve hayvana mümkün olduğunca az acı verecek kesimi tavsiye ederken gerektiğinde kan akıtılabilen keskin taş, ağaç parçası, demir, cam ve kamaş gibi maddeleri kullanmayı da meşru sayarlar. Bununla birlikte, Hız. Peygamber'in kurban kestiğini belirten rivayetlerde keskin bıçak kullandığı ve bunu tavsiye ettiği görülür. Eziyet verici kör bir aletle kesim yapmak ise fakihler tarafından mekruh kabul edilmiştir.²⁹ Aynı şekilde kesim aleti olmaya elverişli olmayan şeylerin kullanılmasına cevaz verilmemiştir. Sözelimi, yerinden çıkmamış diş ve yerinden çıkmamış tırnak ile

Desûkî, Şemsuddîn Muhammed Arafe, *Hâşiye alâ şerhi'l-Kebîr*, Dâru l-hyâi'l-kütübî'l-Arabiyye, II, 107; Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIX, 116.

23 Kâsânî, *Bedâi*, V, 60; Nevevî, *el-Mecmû*, IX, 92, 97; el-Abderî, Muhammed b. Ebû Yûsuf b. Ebî'l-Kâsım Ebû Abdullah, *et-Tâc ve'l-İklîl li Muhtasarı Halîl*, Dâru'l-Fikr, Beyrut, III, 220, 222.

24 Heysemî, *Mecmau'z-zevâid*, IV, 33.

25 Taberânî, Ebû'l- Kâsım Süleyman b. Ahmed, *el-Mu'cemü's-sağîr*, Beyrut, 1986, I, 129.

26 Ebû Dâvûd, “Cihâd”, 120; İbn Mâce, “Diyât”, 30.

27 Müslim, “Sayd”, 57; İbn Mâce, “Zebâih”, 3-4; Ebû Dâvûd, “Edâhî”, 12; Tirmizî, “Diyât”, 13, 14; Nesâî, “Dahâyâ”, 22, 27; Dârimî, “Edâhî”, 10. Hadisin metni:

عن أبي يعلى شددان بن أوس رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إن الله كتب الإحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبح وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته.

28 İbn Mâce, “Zebâih”, 3.

29 Kâsânî, *Bedâi*, V, 60; Mevdânî, *Lübâb*, III, 227; Zeylaî, *Tebyiniü'l-hakâik*, V, 290; Nevevî, *el-Mecmû şerhu'l-Mühezzeb*, IX, 92.

hayvanın kesilmesi uygun görülmemiştir. Zira bu gibi şeylerle kesmek hayvana eziyet verir. Bu durum kesim değil, bir nevi boğma ve öldürme hükmündedir.³⁰ Yine çoğunluk bilginlere göre hayvana acı verdiği, ağrı eşiği yüksek olduğu için enseden kesim mekruh görülmüştür.³¹ Benzer şekilde klasik kaynaklarımızda hatalı kesim suretiyle hayvana elem verme ihtimalinden dolayı kesimi gece yapmak mekruh, gündüz yapmak ise müstehap görülmüştür.³²

Görüldüğü üzere fakihler hadis-i şerifteki ihsan ilkesine binaen kesimin acısız olması için gerekli teoriyi oluşturmaya çalışırken, belli bir kesme aletini veya yöntemi zorunlu kılmamaktadırlar. Klasik kaynaklarımızda “bıçak=sikkîn” ismi dahi geçmemektedir. Fakihlerin çoğunluğu kesim aletinin metal veya başka bir şey olabileceğini ileri sürerken de acısız kesimi kastetmektedirler. İhsan hadisini delil almaları bu düşüncenin en önemli göstergesidir. Yine de eskiden acısız kesim için en iyi alet keskin bir bıçak iken, günümüzde artık acı vermeyen modern cihazlar kullanmak mümkündür.

Hayvan refahı bağlamında değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, hayvanı diğer hayvanın yanında kesmemektir. Zira hadis-i şerifte, “*Koyunu koyunun yanında, deveyi de devenin yanında, birbirlerini görecek şekilde kesmeyin*”³³ buyrulur. Bu hadisten hareket eden fakihlerden bir kısmı, hayvanları birbirlerini görecek şekilde kesmenin haram olduğu, diğer bir kısmı ise mekruh olduğunu belirtmişlerdir.³⁴ Yine fakihlere göre hiçbir hayvanın yavrusu kendi gözleri önünde boğazlanamaz.³⁵

Aynı şekilde, fakihler tarafından kesimin süratli bir şekilde yapılması da hayvanı rahatlatacağından dolayı müstehap, ağır davranmak eziyet vereceğinden dolayı mekruh kabul edilmiştir.³⁶ Bununla birlikte yine hayvan refahına matuf olmak üzere, kesimin boyun omuruna kadar ulaşması, ancak içerideki omuriliğe (nuhâ=النخع) varmaması, ölüm gerçekleşmeden kafanın hemen koparılması

30 Serahsî, *Mebstut*, XII, 2; Kudûri, *Muhtasar*, 1978, 162.

31 Meydânî, Abdülğani el-Guneymî, *el-Lübâb fi şerhi'l-Kitâb*, thk. Muhammed Muhyiddin Abdülhamid, Kahire, tsz., III, 227; İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-Fıkhiyye*, s. 184; Behûtî, *Keşşâfu'l-Kınâ*, VI, 205; Şirâzî, *el-Mühezzeb*, I, 252; İbn Rüşd, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed el-Hafid, *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*, Kahraman Yayınları, İstanbul 1985, I, 362.

32 Serahsî, *Mebstut*, XII, 4-5; Kâsânî, *Bedâi*, V, 60; Zeylai, *Tebyinü'l-hakâik*, V, 291; Nevevî, *el-Mecmû*, IX, 92; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, V, 126; İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-fıkhiyye*, s. 184; Behûtî, *Keşşâfu'l-kınâ*, VI, 204.

33 İbn Mâce, “es-Sayd ve'z-zebâih”, 3.

34 Serahsî, *el-Mebstut*, XI, 226; İbn Kudâme, *el-Muğni*, XI, 46; Desûkî, *Hâşiye*, II, 108.

35 İzz b. Abdüsselâm, *a.g.e.*, I, 238.

36 Serahsî, *Mebstut*, XII, 4-5; Kâsânî, *Bedâi*, V, 60; Zeylai, *Tebyinü'l-hakâik*, V, 291; Nevevî, *el-Mecmû*, IX, 92; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, V, 126; İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-fıkhiyye*, s. 184; Behûtî, *Keşşâfu'l-kınâ*, VI, 204.

ve hayvanın çırpınması dinmeden yüzme (soyum) başlanmaması tavsiye edilir. Nitekim Hz. Peygamber ashâptan Büdeyl b. Verkâ'yı görevlendirmiş ve ondan Minâ'da bulunan insanlara hayvan can vermeden acele edip derisini soymalarını ve organlarını parçalamamalarını ilan etmesini istemiştir. Aksine hareket edilmesi hayvanın acısını arttıracığından fakihler tarafından mekruh sayılmıştır.³⁷ Sünni kaynaklarda hayvan kesimi ile ilgili hükümlerin aynısı Şii kaynaklarda da geçmektedir.³⁸ Bahse konu kuralların hepsinde, hayvana en az acı verme ve damarlarındaki kanın mümkün olduğunca çıkıp akmasını sağlama hedefi gözetilmektedir. Bu nedenle kanatma (boğazlama) işleminde, hayvanı ürkütmeden, eziyet etmeden, kesim için uygun pozisyon verilmeli ve acı çektirmeden işi bilen kesim elemanı tarafından usulünce kesilmelidir.

Esasen fukahanın hayvan kesimi sürecinde hayvan refahını gerçekleştirme amacına matuf olarak müstehap şeklinde niteledikleri hükümlerin her biri Hz. Peygamber'in "Allah her şeyde güzel yapmayı (ihsanı) emretmiştir. Hayvanı boğazladığımız zaman boğazlama işlemi güzel (acısız, işkencesiz) yapınız. Bıçağımızı keskinleştirip hayvanı rahatlatınız"³⁹ şeklindeki hadisine, özellikle hadiste ifadesini bulan "ihsan"⁴⁰ kavramına dayanmaktadır. Nitekim her hükmün sonunda söz konusu hadisi gerekçe göstermeleri de bunun en güzel delilidir. Buradan hareketle fukaha, kesim (zebh) gibi meşru bir amaçla olsa dahi, şayet maksat daha acısız bir şekilde gerçekleşiyorsa, daha çok acı veren her şeyin uygulanmasının caiz olmadığını ilke olarak benimsemişlerdir.⁴¹ Başka bir ifadeyle boğazlamanın (zekât) gerektirmediği daha fazla acıyı mekruh⁴² olarak görmüşlerdir. Hadiste ge-

37 Dârekutni, *Sünen*, (thk. es-Seyyid Abdullah Hâşim Yemâni el-Medenî), I-IV, Beyrut: Dârü'l-Marife, 1386/1966, IV, 283; Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebir*, XIX, 107; Serahsî, *Mebûsât*, XI, 226-227; Kâsânî, *Bedâi*, V, 60; Nevevî, *el-Mecmû*, VIII, 384; el-Abderî, *et-Tâc ve'l-İktil*, III, 220; Kuraşî, Muhammed b. Muhammed b. Ahmed b. el-Ahve, *Meâlimü'l-Kurbe fi Meâlimi'l-Hisbe*, Dârü'l-Funûn, s. 98; Karâle, Ahmed, Hukuku'l-Hayevân ve Damânâtüha fî'l-Fikhi'l-İslâmî, *el-Mecelletü'l-Ürdüniyye fi'd-Dirâseti'l-İslâmiyye*, el-Mücelledü'l-Hâmis, Aded:1, 1430/2009, s. 31.

38 Necessî, Muhammed Hasen, *Cevâhir fi şerhi Şerâii'l-İslâm*, Beyrut, Dâru lhyâi't-Türâsi'l-Arabî, XXXVI, 133; el-Âmilî, Eymen el-Müsevî, *Hukuku'l-hayevân fî'l-İslâm*, Dârü'l-Hâdi, Beyrut 1425/2004, II, 402.

39 Müslim, "Sayd", 57; İbn Mâce, "Zebâih", 3-4; Ebû Dâvûd, "Edâhi", 12; Tirmizî, "Diyât", 13, 14; Nesâî, "Dahâyâ", 22, 27; Dârimî, "Edâhi", 10.

40 Hayvan kesiminde anahtar kelime olan ihsanın, Kur'an ve Sünnet'te geniş anlamları olmakla birlikte "en güzel", "en ideal", "en uygun" şeklinde tercüme edilmesi mümkündür. Burada ise bir şeyi en güzelıyla, en mükemmel şekliyle yapmak anlamındadır. Hadisteki ihsan ifadesinin hem kesim öncesini hem de kesim esnasını kapsadığı söylenebilir.

41 Heyet, *el-Fetâvâ el-Hindîyye*, Dâru'l-Fikr, Beyrut, V, 288; Karâvele, a.g.m., 31-32; Md. Nazrul Islam-Md Saidul Islam, Human-Animal Relationship: Understanding Animal Rights in the Islamic Ecological Paradigm, *Journal for the Study of Religions and Ideologies*, vol. 14, issue 41 (Summer 2015), s. 109.

42 Merğînâni, Ebü'l-Hasen Ali b. Ebî Bekr, *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedi*, el-Mektebetü'l-İslâmî, IV, 66; Kâsânî, *Bedâyi*, V, 61. Yine belirtelim ki, Hanefilere göre, hayvana reva görülen ve mekruh addedilen

çen ihsan ilkesini fakihler “kesimde esas olan, hayvan için en kolay ve rahatlatıcı olan yöntemi seçmektir”⁴³ şeklinde formüle etmişlerdir. Görüldüğü üzere klasik kesimde fukahanın temel endişe ve kaygılarından biri, hayvanın hayvan gönençine uygun bir şekilde stressiz ve acısız kesilmesidir.

Netice itibariyle klasik kaynaklarımızdaki kesim şekline ilişkin olarak dinin meşruiyet ve helallik ölçütlerine aranan uygunlukta iki amacın gözetildiği dikkati çeker. Birincisi, kesim biçim veya yönteminde ve bunun öncesi ve sonrasında hayvanın hem fiziksel hem de manevi acı çekmesini en aza indirecek surette olması, ikincisi, stresin azalması ve mümkün merteye kanın akması suretiyle etin lezzet ve sağlık açısından kalitesinin korunmasıdır. Burada dikkati çeken bir diğer önemli husus, yukarıda bahsi geçen mekruh ve müstehap kabul edilen eylemler, sadece teoride kalmamış, bunların uygulanması ve denetlenmesi muhtesibin görevleri arasında yer almıştır, bir başka ifadeyle yaptırımları kamu gücüyle desteklenmiştir.⁴⁴ Bunun ötesinde fıkıh kaynaklarında bu tür düzenlemelerin başlangıçtan beri varlığı, hayvan refahının fıkıh tarafından ne kadar önemsendiğinin de kayda değer ve açık bir göstergesidir.

2. BATIDA KESİM YÖNTEMLERİ

Fıkıh kaynaklarında açıklanan klasik kesim tekniğini ortaya koyduktan sonra Batı dünyasında yeni geliştirilen kesim tekniklerine geçebiliriz. Esas itibariyle günümüzde özellikle Batılı ülkelerde kullanılan kesim teknikleri klasik kaynaklarımızda belirtilen kesim biçimine ilave bazı uygulamalar getirmektedir. Ölüm ânında hissedilmesi muhtemel acıyı azaltmak maksadıyla yapılan bu işlemler, tabancayla veya tokmakla bayılarak kesim, karbondioksit gazı solutmak suretiyle ve elektroşokla kesimdir. Bunların dışında başka bayılma teknikleri olmakla birlikte, günümüzde bunların kullanılması terkedildiğinden burada yer verilmeyecektir. Tatbik edilen mezkur yöntemlerin ortak özelliği kesim öncesi uygulanıyor olmalarıdır.

a) Bayılma tabancası (Bolzen tabancası): Bu işlemde demir çubuk (mil) ile beyne müdahale edilir. İşlem özel bir aletle 15 cm uzunluğundaki bir demir çubuk hayvanın alnından aniden beynine girip çıkar. Beyin dokusu (medulla oblongata) zedelenir, hayvan tamamen hareketsizleşir. Buradaki bayılma geri dönüşümsüz,

kötü muameleler, hayvanın etini haram kılmaz, eti yenebilir. Zikredilen mekruh olma vasfı fiile yöneliktir. Hayvanın etine yönelik değildir. Her ne kadar mekruh fiili işleme sahibini günahkâr yapsa da hayvanın etini etkilemez. Bkz. Aynı yerler.

43 Kâsânî, *Bedâi*, V, 41.

44 Bkz. İbnü'l-Uhuvve, Muhammed b. Muhammed b. Ahmed el-Kuraşî, *Meâlimü'l-kurbe fî Ahkâmi'l-Hisbe*, thk. Reuben Lewy, Matbaatü Dâru'l-Funûn, Cambridge 1937, s. 89, 98.

ölüme giden şok durumudur. İşlemin ardından hayvanın boynu kesilse de kesilmese de ölüm gerçekleşir. Bu tekniğin başarısı milin uzunluğu ve şiddetine, karışın itme kuvvetine ve alındaki vuruş pozisyonuna bağlıdır. Uygulamada daha insani ve daha az acı verdiği düşünülmesi sebebi ile ve daha az çırpınmaya yol açtığı, kesim kolaylığı sağladığı gerekçesiyle başvurulmaktadır.

Bolzen tabancası ile genelde kafa sabitlenmeden vuruş yapıldığından, hatalı vuruş ve buna bağlı olarak başarısız bayıltmalar olabilmektedir. Bunu sağlamak için bazen kesim hayvanına ikinci veya üçüncü vuruş yapılabilmektedir. Bunu engellemek için kafanın sabitlenmesi gerekmektedir. Sabitlenmeyen hayvanlarda vuruş noktasının asıl yerini bulma bayıltıcının becerisine bağlı kalmaktadır. Dolayısıyla hayvan refahı da bayıltmayı uygulayan kişinin kabiliyetine bağlı olmaktadır.

İşlem sonrası 5 saniye içinde boğazlama yapılırsa etin kalitesinin olumsuz etkilenmediği; ancak kesimin gecikmesi durumunda etin kalitesinin düştüğü; diyafram, abdominal ön ve arka ekstremitelerde kaslarında multipl kanamalar olduğu bildirilmektedir.

b) Alına tokmak (balyoz) ile vurmak sureti ile bayıltma: Bolzen tabancasına benzemekle birlikte bunda delici mil yoktur. Bu metotta hayvanın alına bir tokmakla vurulmakta ve hayvan bayıldıktan sonra boğazlanarak boyun damarları kesilmektedir. Genelde alında bir kırık oluşmaz. Ancak beyinde geniş kanamalara rastlanılmaktadır. Bahse konu metotla bayıltmada bilinç kaybı çok kısa sürdüğünden 12 saniye içinde hayvan boğazlanmalıdır. Eskiden Avrupada kullanılan söz konusu yöntem, bazı hayvanların kafatasları kalın olması hasebiyle veya yanlış bir uygulamada kafatasının sadece kırılmasından dolayı bayıltma gerçekleşmediği için hayvanın çok büyük acılar çekmesi sebebiyle günümüzde pek tercih edilmemekte birlikte Amerika'daki bazı mezbahalarda hala kullanılmaktadır.

c) Karbondioksit (CO₂) ile bayıltma: CO₂ gazının özel odalarda kasaplık hayvanlara solutulması sonucunda bilinç kaybı durumunun ortaya çıkmasıdır. Kısmen narkoz işlemi de denilebilir. Kan akıtımı bayıltma kabininden çıktıktan en az 20 veya 30 saniye içerisinde gerçekleşmelidir. Karbondioksit gazı ile bayıltma yöntemi de oldukça masraflı ve hayvanların gaza dayanıklılıklarının farklı oluşu sebebiyle tercih edilen bir yöntem değildir. Hayvanların bayıltma tünellerine alınmaları sırasında ve CO₂ oranı yüksek havayı solumaları anında kateşölamilerin kana salınmasını arttırması sonucu strese girmeleri de önemli bir dezavantaj olarak belirtilmiştir.⁴⁵

45 Grandin, Temple, Mechanical, Electrical and Anesthetic Stunning Methods for Livestock, *International Journal for the Study of Animal Problems*, (1980). 1(4), 242-263, p. 257-8; Alişarlı, Mustafa, Kesim Yöntemleri, *DİB Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı-IV*, Günümüzde Helal Gıda, Kasım 2011, Afyonkarahisar, Bsm. Ankara 2013, s. 273-279.

d) Elektro-şok: Büyükbaş, küçükbaş ve kanatlılarda uygulama şekli ve aletleri farklıdır. Ancak hepsi de elektrik verilerek yapılır. Yalnız baş metodu ile elektrikle bayıltma uygulaması ve kalbin durdurulmasına neden olan metotları kapsayan uygulamalar olmak üzere 2 farklı kategori elektrikle bayıltma uygulaması bulunmaktadır. Sadece baş tekniği ile elektrikle bayıltma uygulamasında sığır, koyun ve keçilerde cihazın kısaç kısmı şakaklara yerleştirilir ve 110 volt 0.5-1 sn. elektrik verilerek elektro şok gerçekleştirilir. Birinci aşamada hayvanlar tamamen kendilerini kaybederek (epilepsi formunda) bilinçsiz bir şekilde yere düşer, birkaç saniye nefes alıp verme durur ve refleksler ortadan kalkar. İkinci aşamada yürüme hareketleri, üçüncü aşamada kaslar gerilir ve solunum yeniden başlar. Kesim bu aşamada yapılır. Eğer kesim yapılmaz ise hayvan 10 dakika içinde kendine gelir. Beyinde herhangi bir hasar olmaz. Geri dönüşümü mümkün olan bir uygulamadır. Bu yöntemle bayıltılan hayvanların omurilik soğanları zedelenmediği için kalp işlevleri devam etmektedir. Beyin işlevleri etkilendiği için hayvanın duyu kabiliyeti geçici olarak kaybolmakta sadece refleks tarzındaki motor hareketler devam edebilmektedir. Islak zeminde elektrik kullanılması kesim personeli için tehlikeli olması ve kesilen hayvanların diyafram, karın ve bel kaslarında, bazen ön ve arka bacak kaslarında kanamalar meydana gelmesi etin kalitesini düşürmesi bu yöntemin sakıncalarıdır. Uygulanan akımın şiddeti çok yüksek ya da uzun süreli olursa, kılcal damarların patlamasına bağlı olarak hayvanların diyafram, karın, bel ile ön ve arka ekstremitelerde kaslarında peteşiler şeklinde multipl kanamalara yol açtığı bildirilmiştir.⁴⁶ Kalbi durdurma amaçlı elektrikle bayıltma uygulaması kullanıldığında bir elektrot alın ya da kulakların arkasına, diğer elektrot ise vücudun sırt kısmına, ön bacaklara ya da vücut yanlarına yerleştirilir. Bu uygulama daha kolay kanatma ve daha güvenli karkas teminine olanak sağlamaktadır. Bu tip bayıltma uygulamalarında hayvan elektrik akımından geri dönüşümsüz olarak zarar görür. Kalbin durdurulmasından sonra ölüm 19 saniyede gerçekleşir. Vücuda uygulanacak elektrik akımı ile kalbin elektrik düzeni kesintiye uğrayabilir ve hayvan elektrik akımı sonucu gelişecek ritim düzensizliğiyle daha boğazlanıp kanı akıtılmaya fırsat kalmadan ölebilir.⁴⁷

46 Lambooj, E.,Potgieter, C.M., Britz, C.M., Nortje, G.L., Pieterse, C. Effects of electrical and mechanical stunning methods on meat quality in ostriches. *Meat Science*, 1999; 52: 331-337; Velarde, A.,Gispert, M., Dieste, A., Manteca, X.:Effect of electrical stunning on meat and carcass quality in lambs. *Meat Science*, 2003; 63: 35-38; Pleiter, Helmut, *Review of Stunning and Halal Slaughter*, Meat & Livestock Australia, 2010, ss. 7-13; Middleton, A.,Welfare of animals at slaughter. *The State Veterinary Journal*, 1994; 4: 12-15; Kahraman, Tolga; Nazlı, Bülent; Ergün, Özer, Dağlıç Irkçı Koyunlara Uygulanan Elektrikle Bayıltma İşleminin Et Kalitesi Üzerine Etkileri, *İstanbul Üniversitesi Veterinerlik Fakültesi Dergisi*, 32 (2), 1-10, 2006, s. 2. Bu uygulamaların et kalitesini de düşürdüğünü ayrıca belirtmek gerekir. Bu alandaki tartışmaları başka bir çalışmaya bırakılarak, şimdilik meseleye sadece hayvan refahı açısından bakılmaktadır.

47 Alat, İlker, Hayvan Kesiminde Boğazlamanın Önemi ve Elektroşok, Anestezi Ya Da Analjezi Gibi Yöntemleri Haram Kılan Tıbbi Gerçekler, *DİB Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı-IV*, Günümüzde Helal Gıda, Kasım 2011, Afyonkarahisar, basım yeri: Ankara 2013, s. 273-279. s. 349; Ergin, Müzakere, s. 363.

Kanatlılarda içi su dolu bayıltma havuzuna giren piliç 50 Hz frekans ve yaklaşık 40-50 V elektrik akımı ile bayıltılır. Bayıltmanın akabinde 10 saniye sonra kesim makinesine girer. Eğer 10 saniyenin üstünde bir sürede girerse kanatları tamamen aşağıda düşer ve kafayı kesen bıçaklar kanatları da hasara uğratar. Bu süre 10 saniyeden az olursa, boyun daha gevşemediği için kesim makinesinden kesilmeden çıkar⁴⁸.

e) İkisi bir arada kesim (Kesim ve akabinde bayıltma: post-cut stunning):

Bu kesim şeklinde, hayvan kabin içinde ayakta durmaktadır. Kesim için bir veya iki kişi hayvanın başındadır. Önce bayıltma aygıtı hazırlanır. (Bayıltan hazırlanmadan kesime geçilmez. Aksi halde acı çekme süresi uzar). Hayvana henüz bilinçliken kesim gerçekleştirilir. Hazır tutulan bayıltan derhal hayvanın alnına uygulanır ve bıçak kesiminde oluşan acının bir an evvel durdurulması hedeflenir.

Hayvan, bu durumda önce kesilmiş ve akabinde de hemen bayıltılmıştır. Bu kesimde hayvan kesimden en fazla 1-3 saniye sonra bayıltıldığından, sadece bu kısa süre içinde acıyı hissedebilir. Bu yöntem, İslam aleminde çoğunluk olarak kabul görmektedir. Çok bilinen bir kesim şekli olmadığından her yerde uygulanmamaktadır. Avrupa'daki çok sayıda İslâmî kesimhaneler bu sistemi uygulamaktadırlar.⁴⁹

3. BAYILTMA YÖNTEMLERİNİN VE FIKHÎ KESİMİN HAYVAN REFAHI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Hayvanların kesim esnasında gönençlerini temin etmek iddiası ile Batı dünyasında uygulanan yöntemlerde acı verilmediği ileri sürülmektedir. Bu konuda Batı'da hayli yekûn tutan bir literatür de mevcuttur. Bu literatürün temelini hayvan kesim esnasında yapılan deney ve araştırmalar oluşturmaktadır. Türkiye'de bu alanda yeteri kadar çalışmanın olduğunu söylemek zordur. Bu konuda yapılan bazı çalışmalar alan çalışması olmaktan ziyade Batı'daki literatürün baz alınması suretiyle ortaya konan çalışmalardır. Bunun yanında söz konusu çalışmaların pek azı veteriner hekimler tarafından yapılmıştır. Her iki kesim usulünü karşılaştırmalı olarak inceleyen, hayvanın acı çekip çekmediğini tespit eden ayrıntılı çalışmalara ihtiyaç duyulmaktadır.

Öncelikle belirtmelidir ki, modern kesim yöntemlerindeki bayıltma işlemlerinin her biri hayvanın bilincini yitirerek hissizleştirdiği ve bilinç kaybının ağrı ve

48 Antalya, Ahmet A., *Avrupa Birliği ve Türkiye'de Hayvan Refahı Uygulamaları*, Ankara 2007, (AB uzmanlık tezi), ss. 99-104.

49 Sancakdaroğlu, Asalet, <http://www.halal-slaughter-watch.org/wp-content/uploads/2013/11/Hayvanlarin-Soklanarak-Bayiltılması.pdf> (Son erişim tarihi: 26.09.2017)

stresi azalttığı esasına dayanmaktadır. Canlı hayvanın kesim esnasında daha az acı duymasını temin gayesine matuftur. Kesim işleminin doğrudan kendisine değil kesim öncesine yöneliktir.

Büyükbaş ve küçükbaş hayvanların kesiminde hayvana akım verilmesi yöntemi bu yönde gerçekleştirilen uygulamalı çalışmaların ortaya koyduğu veriler ışığında eleştirilmektedir. Zira hayvana yetersiz akım uygulanması veya kısa devre şekillenmesi sonucu başarısız bayılma uygulamalarında hayvan büyük bir elektrik şoku yaşar, kalp krizi semptomlarına benzer bir tablo sergiler, felç olarak hareket yeteneğini kaybeder ve yüksek düzeyde acı hisseder. Yine uygulamanın gerçekleştirilmesi sırasında beyne uygulanan akım ile kalbi durdurma amaçlı akım mutlaka eş zamanlı olmalıdır. Aksi takdirde hayvan çok fazla acı çeker.⁵⁰

Öte yandan büyük ve küçükbaş hayvanların elektro şoklanması konusunda veteriner hekimlerin aksine tıp doktorları sözü edilen kesim işlemlerinden elektro şok esnasında hayvanların epileptik ataklar geçirdiklerini, çok acı duyduklarını, bunu insanlar üzerinde yapılan çalışmalarda açık bir şekilde gözlemlediklerini söylemektedirler. Elektrik çarpmasında ve psikiyatride bazı hastaların tedavisinde kullanılan elektro şokta hastanın beynine yeterli miktar ve sürede elektrik akımı verilerek kontrollü bir sara nöbeti geçirtilir. Bu şok tedavisi esnasında hastalar şiddetle kasılır, acı duyar, sonrasında saatlerce kendilerine gelemmezler. Günümüzde şok işlemi bizatihi çok ağrılı olduğu için genel anestezi altında yapılmaktadır. Elektrik şoku hastayı bir anda acı hissedemeyecek duruma getiriyor olsaydı buna gerek kalmazdı. Şokun verdiği epileptik atak (sara nöbeti) çok acı veren bir durumken hayvanların acı duymadıklarını söylemek isabetli değildir.⁵¹ Batı'da elektrikli sandalye kullanılarak infaz edilen idam cezası için de benzeri itirazlar ileri sürülmektedir. Yine bazı çalışmalarda elektrik şokunun koyunlarda muhtemel analjeziye (acı kaybına) sebep olmasına rağmen, hayvanın son demlerinde bilinci açık halde korkunç stres altında olduğu tespit edilmiştir.⁵²

Yapılan araştırmalarda ortaya çıkan sonuçlara göre, kanatlı hayvanların elektrik şoklamalarında da hayvan refahı açısından önemli sıkıntılar söz konusudur. Kanatlı hayvan kesimlerinde kesim işlemi öncesinde hayvanların başları 40-50

50 el-Barazi, ez-Zebhü'l-İslâmî ve Mezâyâhü ve'z-zebhü'l-Ġarbî ve hafâyâhü, *Mu'temerü'l-Halici'l-evvel Li snâati'l-halâl ve hidemâtühü*, 2011, Kuveyt, s. 1.

51 Singer, Peter, *Animal Liberation* (Hayvan Özgürleşmesi), s. 218; Ergin, Ali, Müzakere, s. 362, *Güncel Dini Meseleler İstîşare Toplantısı-IV*, Günümüzde Helal Gıda, Kasım 2011, Afyonkarahisar.

52 N.G. Gregory, S.B. Wotton, 1985. Sheep slaughtering procedures IV: Responsiveness of the brain following electrical stunning. *British Veterinary Journal* 141, 74-81; Aynı müellifler, Sheep slaughtering procedures V: Responsiveness to potentially painful stimuli following electrical stunning. *British Veterinary Journal*, 1988, 144, 573-580.

volt elektrik akımı geçirilen suya daldırılmakta ve şok suretiyle bayıltma yapılmaktadır. Fakat bu safhada bazen elektrik şokuna dayanamayan hayvanlar ölmektedir. Geçmiş yıllarda yürütülen araştırmalarda İngiltere’de % 24, Amerika Birleşik Devletleri’nde ise % 17’den 37’ye varan nispetlerde şoklama sırasında ölümlerin söz konusu olduğu rapor edilmiştir. Bu metodun hayvan haklarına zıt ve âdeta işkence çektirir bir tarzda yapıldığını savunanlar bulunmaktadır. Bayılmı ş hayvanda kısmî felçlerin görülmesi ve acı hissedildiğine dair bazı iddiaların olması bu uygulamayı tartışmalı hâle getirmektedir.⁵³ Söz konusu uygulamanın insanlarda olduğu gibi kanatlılarda da son derece acı verici epileptik atağa sebep olduğu, hayvanların bilinci yerindeyken kesime girdikleri ile sürülmüştür.⁵⁴ Bu sistem başka açılardan da tartışmalara neden olmaktadır. Baş aşağı asılan tavukların kesime girmek üzere kelepçelendiklerinde hem fiziksel hem de psikolojik olarak acı çektikleri, konveyörlerde çırpınırken bacaklarını kırdıkları ve daha sonra girdikleri elektroşok havuzunda ise çok acı çektikleri bu husustaki çalışmalarda ortaya konulmuştur.⁵⁵ Yine elektro şok havuzunda yeterince bayıltılmayan kanatlıların kesim bandında bıçaklardan kurtularak canlı halde kaynatma tankına canlı halde girdikleri yapılan araştırmalarda tespit edilmiştir.⁵⁶

Gaz ile bayıltmada (hatta buna boğma bile demek mümkündür) çevreye zarar verme, tam bir bilinç kaybı sağlamadığı için hayvanları strese sokma ve doz aşımı sebebiyle kesmeden önce ölüme sebep olma gibi olumsuzluklar söz konusu olmaktadır. Hayvanların gaza dayanıklılıklarının da farklı olması gibi sebeplerle hayvan refahı bir yana stresi artırması yüzünden bugün terkedilen bir yöntem olmuştur.

-
- 53 Heath, G.B.S., “The Slaughter of Broiler Chickens”, *World’s Poultry Science Journal*, 40 (1984): 151-159; J.M. Sparrey, and P. J. Kettlewell, “Shackling of Poultry: Is It a Welfare Problem?” *World’s Poultry Science Journal*, 50 (1994): 167-176; M.J. Gentle, and V.L. Tilson, “Nociceptors in the Legs of Poultry: Implications for Potential Pain in Pre-Slaughter Shackling”, *Animal Welfare*, 9 (1999): 227-236; Boyd, Freeman, “Humane Slaughter of Poultry: The Case Against the Use of Electrical Stunning Devices,” *Journal of Agricultural and Environmental Ethics*, 7, (1994): 221-236;- FAWC (1982) Report on the welfare of poultry at the time of slaughter. Present address: Farm Animal Welfare Council, 1A Page Street, London SW1P 4PQ, UK.
- 54 Boyd, F., “Humane Slaughter of Poultry: The Case Against the Use of Electrical Stunning Devices,” *Journal of Agricultural and Environmental Ethics*, 7, (1994): 221-236.
- 55 Boyd, F., “Humane Slaughter of Poultry: The Case Against the Use of Electrical Stunning Devices,” *Journal of Agricultural and Environmental Ethics*, 7 (1994): 227; Sparrey, J.M.-Kettlewell, P.J., “Shackling of Poultry: Is It a Welfare Problem?” *World’s Poultry Science Journal*, 50 (1994): 167-176; Nakiyinsige, K., et al., “Stunning and animal welfare from Islamic and scientific perspectives”, *Meat Science* 95 (2013), s. 354; el-Barazi, *ez-Zebhu’l-İslâmî ve Mezâyâhü ve’z-zebhu’l-Ğarbî ve hafâyâhü*, s. 5.
- 56 G.B.S. Heath, D.J. Watt, P.R. Waite, and J.M. Ormond, “Observations on Poultry Slaughter,” *Veterinary Record*, 108 (1981): 98; G.L. Griffiths, and D.A. Purcell, “A Survey of Slaughter Procedures Used in Chicken Processing Plants,” *Australian Veterinary Journal*, 61 (1984): 401; G.B.S. Heath, D.J. Watt, P.R. Waite, and P.A. Meakins, *British Veterinary Journal*, 139 (1983): 285.

Tabanca ile bayıltma yönteminin de hayvan refahı açısından sakıncalı olduğu yapılan araştırmalarla ortaya konmuştur. Hannover Üniversitesi (Almanya) Veteriner Fakültesi'nde Profesör Wilhelm Schulze başkanlığında bir heyet tarafından, koyun ve sığırların piston tabancasıyla bayılırlar ve bayılmadan kesilmesi esnasında oluşacak ağrının EEG (elektroensefalograf) ile kalpteki değişimlerinde ECG (elektrokardiyogram) ile ölçümüne dayalı ilmî bir araştırma gerçekleştirilmiştir. Araştırmada beynin üstündeki kafatası yüzeyine elektrotlar yerleştirilmiştir. Bazı hayvanlar, keskin bir bıçakla hızlı bir şekilde boğaz bölgesinden yemek borusu, soluk borusu, jugular ve karatoid arterler de dâhil omuriliğe kadar kesilmiştir. Neticede bayılmadan bıçakla kesimin daha az ağrılı olduğu tespit edilmiştir. Diğer hayvanlar ise, bayılmayı müteakip kesilmiştir. Bayılmadan kesim işlemini müteakip ilk üç saniye içerisinde EEG kayıtlarına göre bir değişikliğin olmadığı, yani hayvanın hissedilebilir bir ağrı çekmediği, bunu takip eden üç saniye içerisinde ise, EEG kayıtlarından, vücuttan fazla miktarda kanın dışarı akması ve beyindeki hayatî damarlara giden kan miktarının azalmasına bağlı şokun ve duyu kaybının hâkim olduğu izlenmiştir. Kesim işlemini müteakip altı saniye sonra ise, EEG'nin sıfır seviyesine indiği, yani hayvanın hiç ağrı çekmediği tespit edilmiştir. Tabanca ile bayıltma işleminde hayvanlar net bir hissizlik ve hareketsizlik sergilerken, EEG kayıtlarından bayılmayı müteakip süratli bir şekilde şiddetli bir ağrının varlığı tespit edilmiştir.⁵⁷ Öte yandan pistonlu bayıltma tabancasıyla yapılan bayılımların deli dana hastalığı (BSE) riski taşıdığı yapılan çalışmalarla ortaya konmuştur.⁵⁸

Tokmak vurmak suretiyle bayıltma işlemi de hayvan refahı itibariyle bünyesinde sorunlar taşımaktadır. Hedef olan hayvan hareketli olduğundan balyozu veya tokmağı kullanan kişinin iyi nişan alması ve amaca ulaşması için hayvanın kafasındaki belli bir noktaya inmesi gerekir. Ancak korkuya kapılmış hayvanların kafalarını oynatmaları olağandır. Hedef birazcık şaşırıldığında balyoz veya tok-

57 Schulze, Wilhelm, *Deutsche Tierärztliche Wochenschrift* (German veterinary weekly), Volume 85 (1978), pages 62-66; Lambooi, E., Potgieter, C.M., Britz, C.M., Nortje, G.L., Pieterse, C., ibid, 331-337; Velarde, A., Gispert, M., Dieste, A., Manteca, X, ibid, 35-38; Son dönemde yapılan bilimsel araştırmalarda da elektroşokla bayıltma tekniği, hayvan refahı açısından gittikçe sorgulanır olmuştur. Son zamanlarda Yahudi araştırmacılar tarafından yapılan bilimsel araştırmalarda, insanlar üzerinde kullanılan tedavi amaçlı elektrik şokunun hayvan kesimlerinde de kullanılmasının insanlarda olduğu gibi, hayvanlarda da hayvan refahı açısından son derece problemli olduğu ortaya konulmuştur. Bkz. Zivotofsky, Ari Z.-Strous, Rael D., "A Perspective on the Electrical Stunning of Animals: Are There Lessons To Be Learned from Human Electro-Convulsive Therapy (ECT)?", *Meat Science*, Volume 90, Issue 4, April 2012, Pages 956-961.

58 Anıl, M.H., Love, S., Helps, C.R., Harbour, C.R. : Potential for carcass contamination with brain tissue following stunning and slaughter in cattle and sheep. *Food Control*, 2002; 13: 431-436; Gregory, N.G.: Recent concerns about stunning and slaughter. *Meat Science*. 2005; 70: 481-491.

mak hayvanın gözüne veya burnuna inebilmekte ve acı içinde kıvranan hayvanı bayıltabilmek, bilinçsiz hale getirebilmek için defalarca vurmak gerekebilmektedir. Bu aleti en ustalıkla kullanan kişilerden bile her defasında tam isabet kaydetmeleri beklenmemektedir. Yapılan incelemelerde aparatın mili bazen hedeflenen noktaya (beynin içinden geçerek Medulla oblangata'ya) isabet etmemektedir.⁵⁹ Bu itibarla bu yöntemin de her defasında hayvan refahını sağladığı sorgulanabilir. Yine hayvanı hissizleştirmek için kafasına tabanca vurma ve karbondioksit gazı solutma işlemlerinin bizzat kendileri de acı verici işlemlerdir.

Dikkat edildiği üzere bayıltma tekniklerinin hepsinde yapılan işlemde hemen sonra saniyeler içinde kesim gerçekleştirilmelidir. Aksi takdirde hayvan refahı açısından oldukça sorunlu durumlar ortaya çıkacaktır. Bu yüzden son derece ustalık ve pratiklik isteyen uygulaması oldukça zor yöntemlerdir. Ayrıca hayvan bayıltma işleminden bir kaç saniye sonra kesilmez ise, hayvanın kesmeden önce ölüp ölmediğini tespit etmeye kalkmak da zaman açısından mümkün değildir. Dolayısıyla hayvan refahının yanında şer'î açıdan etinin helal olma noktasında da sorun çıkabilir.

Özü itibariyle insani düşüncelere dayanan bayıltma tekniklerinin hayvan kesiminde refahı sağladığı yönündeki görüşlere mukabil⁶⁰, yukarıda sözünü ettiğimiz aksine görüşler, uygulamanın hayvan refahı açısından sıkıntılı olduğu, ayrıca et kalitesini düşürdüğü yönünde ileri sürülen kanaatler uygulamanın tartışmalı olduğunu, bu alanda daha birçok araştırma gerektirdiğini ortaya koymaktadır.⁶¹ Diğer yandan söz konusu araştırmalar genellikle Batı dünyasında yapılmıştır. İslam dünyasında da tarafsız bir şekilde benzeri araştırmalara ihtiyaç duyulmaktadır. Diğer taraftan bayıltma teknikleriyle hayvan kesimini fikhî açıdan irdeleyen çağdaş fıkıh bilginleri ise, kesimin bazı şekillerine, yukarıda zikrettiğimiz hayvan refahı açısından problemleri yönleriyle değil de, bayıltma tekniğinin hayvanı öldürebilme ihtimali nedeniyle itiraz etmektedirler. Başka bir ifadeyle yukarıda sözünü ettiğimiz tekniklerin bazılarında hayvan geri dönüşümsüz (irreversible) olarak bayıltılmakta belli bir süre içinde kesilmediği takdirde hayvan fikhî tabirle murdar olmaktadır. Diğerlerinde yani hayvanın yeniden ayılabildiği yöntemlerde ise teknik doğru bir şekilde uygulanmadığında yine kesimden önce hayvanın ölümüne neden olabilmektedir. Bu durumda hayvanın eti murdar hale geldiğinin

59 Singer, Peter, *Animal Liberation*, p. 219.

60 Nakyinsige, K., et al., Stunning and animal welfare from Islamic and scientific perspectives, *Meat Science* 95 (2013), s. 353; Who, *The Right Path to Health*, Islamic Ruling on Animal Slaughter, Alexandria, Egypt, 1997, p. 19, 23.

61 Grandin, T., a.g.m, s. 259.

den fıkhî açıdan helal olmamaktadır. Hâlbuki bayıltmadan amaç hayvanı bilinçsiz hale getirerek acı çekmesine engel olmaktır. İşte bu sebeple bazı çağdaş fakihler bayıltma yöntemlerine sıcak bakmazken, diğer bazı fakihler belli şartlar altında dönüşümlü olan kesim tekniklerine cevaz vermişlerdir. Nitekim Fıkıh Akademisi de meseleye aynı zaviyeden bakarak bayıltma tekniklerinin bazılarını belli şartlarla cevaz vermiştir.⁶² DİB Din İşleri Yüksek Kurulu 24.02.2010 tarihli kararında:

“Kesim işleminde geleneksel uygulama, hayvanın yere yatırılıp, ayaklarından bağlanarak boğazının keskin bir bıçakla kesilmesi şeklindedir. Fakat kesim işlemini kolaylaştırmak, göstereceği fiziki direnci ve duyacağı acıyı azaltmak amacı ile hayvanı askıya alma, bayıltma, uyuşturma ve şoklama gibi işlemden sonra henüz ölmeden kesmekte dinen bir sakınca yoktur. Ancak belirtilen bu uygulamaların etkisi ile kesilmeden ölmüş olan hayvanın eti yenmez.” şeklinde fetva vermiştir.

Din İşleri Yüksek Kurulu'nun kanatlıların bayıltılması için kullanılan su havuzları ile ilgili görüşünde de “Tavuk, kaz, hindi ve ördek gibi kanatlıların baş aşağı halde hareketli taşıyıcıya asılarak, kafaları öldürmeyecek derecede düşük elektrik akımı verilmiş su banyosundan geçirildikten sonra seri mekanik yöntemle kesilmesinde dinen bir sakınca yoktur.” diyerek bir takım kayıtlamalarla zikri geçen yöntemlerin bazılarını cevaz vermiştir.

Hülasa, günümüzde dünyanın çeşitli yerde kullanılan elektrik şoku, tabanca, karbondioksit gazı verme, başına çekiç veya tokmakla vurma, omuriliğine şiş sokma gibi tekniklerle bayıltılan veya sersemletilen hayvanlar, şayet kesim esnasında canlı değillerse Mâide Suresi'nin üçüncü ayetinde yenmelerinin haram olduğu belirtilen grupta değerlendirilir.⁶³ Çünkü hayvanın kesim esnasında canlı bulunması ve ölümünün de bu kesim işlemi sonucu meydana gelmesi gerekir. Ancak bu tür bir uygulama hayvanın ölümüne yol açmayacak, sadece onun sakinleşmesini temin edecek noktada bayılır ve daha sonra hayvan canlı iken usulüne göre kesilirse eti yenilmekle birlikte, bu tür yöntemlerin cevazında temkinli olmak gerekir. Zira

62 İslâm Fıkıh Akademisi Meclisinin 28 Haziran–3 Temmuz 1997 (23-28 Safer 1418) tarihli Onuncu Dönem toplantısı, Karar sayısı: 95 (10/3).

63 5. Maide 3: “Sizin için ölü hayvan eti, akan kan, domuz eti, Allah'tan başkasının adını anarak kesilen hayvan, boğulmuş[el-munhanika: المنخفة], vurulmuş, yukarıdan düşmüş, boynuzlanarak öldürülmüş hayvanlar[el-mevkuze: الموقوذة], yırtıcı hayvanların yedikleri hayvanlar haram kılınmıştır. Bunlardan kestikleriniz başka...” Âyetin son kısmında hayvanların ölüm çeşitleri anlatılmaktadır. Boğularak ölmek, vurularak ölmek, düşerek ölmek, boynuzlanarak ölmek, yırtıcılar tarafından parçalanarak ölmek. Zikredilen şekillerde ölen hayvanlar yenmez. Ancak ölmeden kesilenler yenir. Yani bir hayvanın kafasına vurulmuş, ölmek üzere yetişip kesilirse, bir hayvan yaralamış ama henüz ölmemiş yetişip kesilirse, yukardan yuvarlanmış ama ölmeden yetişip kesilirse, ya da iki hayvan birbiriyle vuruşurken biri öbürünün boynuz darbeleriyle ölmek üzereyken ölmeden yetişip kesilirse bunlar yenebilir.

adı geçen yöntemlerin, yaptıkları araştırmalar sonucu etin kalitesi ve hayvan refahı açısından mahzurlu olduğunu savunanlar azımsanamayacak sayıda.

Öte yandan ikisi bir arada olan yani önce kesim sonra bayılma işleminde ise fikhî açıdan bir sakınca olmasa gerektir. Önce bayılıp sonra kesme yöntemine bir alternatif olarak, hayvana eziyet vermeden bu yöntemi uygulamak mümkündür.

Fakihlerin öngördüğü kanatma biçiminde her ne kadar ağrı ve acının varlığı ileri sürülüyorsa da bu yönde yapılan bazı çalışmalar bunun aksini ortaya koymaktadır. Harran Üniversitesinde bir grup bilim adamı, hayvanların kesim öncesi, kesim esnası ve kesim sonrasındaki beta endorfin hormonunu ölçmüştür. Araştırmada, fikhî kesim esnasında hayvanların ağrı dindirici ve sakinleştirici etkisi ile bilinen ve vücutta üretilen beta endorfin hormonu seviyelerinde önemli artışlar olduğu tespit edilmiştir. Araştırmacılar fikhî kesim öncesi, kesim esnası ve kesimden 3 dakika sonra olmak üzere üç farklı evrede yapılan beta endorfin analizlerinde, bu hormon seviyesinin kesim öncesinde alınan değerlerinin kesim esnasında alınan kan örneklerinde iki katına çıktığı, kesimden 3 dakika sonra ise yaklaşık 4 katına çıktığını belirlemişlerdir. Araştırmada, beta endorfin hormonunun, ağrı kesici özelliğinin, morfin olarak bilinen ağrı kesiciye göre 30 kat daha fazla olduğuna vurgu yapılmış ve fikhî kesimde beta endorfin hormonu sayesinde hayvanların sakinleştiği dile getirilmiştir.⁶⁴

Diğer taraftan fıkıhtaki kesim, kan kaybına dayalı bir kesimdir. İki atardamarın (vedecan) kesilmesine beyinde kan basıncının düşmesi eşlik eder ve beyin çalışması derhal durur. Hayvan bilincini kaybeder. İki damarla birlikte atardamarın da kesilmesi hayvanın bedenindeki kanın boşalmasına sebep olur.⁶⁵ Hayvanın boğazını kesici bir aletle kesmek suretiyle şiddetli bir kan akımına sebep olması ve beyin dokusuna giden kanın azlığına bağlı olarak beyinde oksijenin azalması, bu türlü kesimin önemli bir avantajı olarak görülmüştür. Zira kesimi müteakiben hayvan 5-6 saniye içinde bilincini kaybeder ve acı çekmeden süratli bir şekilde

64 Harran Üniversitesi Veterinerlik Fakültesinde görev yapan Gürbüz Aksoy, Faruk Süzergöz ve Pelin Polat tarafından yürütülen çalışma henüz yayınlanmamış olup, araştırmacılar ileride uluslararası bir kongrede sunmayı planlanmaktadır. Yukarıdaki bilgiler çalışmanın medyaya yansıyan sonuçlarından alınmıştır. t24.com.tr/.../harran-universitesi-kurban-kesiminde-besmele-ile-salgılanan-endorfin- (Son erişim tarihi: 20.09.2017). Benzeri bir çalışmayı Suriye asıllı Alman vatandaşı bir profesörün daha önce yaptığını Faruk Beşer haber vermektedir. Ancak bu araştırmaya tarafımızdan ulaşılamamıştır. Bkz. Beşer, Faruk, Müzakere, *DİB Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı-IV*, Günümüzde Helal Gıda, Kasım 2011, Afyonkarahisar, Bsm. Ankara 2013, s. 367. Besmele ve duaların kesimde teskin edici rolüne ilişkin videolar için bk. <https://www.youtube.com/watch?v=Zr2nxVSflm4> ve <https://www.youtube.com/watch?v=IyFSZUn54xo> (Son erişim tarihi: 21.09.2017).

65 el-Barazî, Muhammed Fuâd, *ez-Zebhü'l-İslâmî ve mezâyâhü ve'z-zebhu'l-Ġarbi ve hafâyâhü*, s. 6.

ölür. Bayılma suretiyle kesimde ise bu süreç daha uzundur. Hayvanda bilinç kaybı daha geç olduğundan hayvanın daha çok acı çektiği ileri sürülmüştür.⁶⁶

Aynı şekilde insanlarda olduğu gibi hayvanlarda da deri altında ağrı sensörleri vardır. Vücuttaki acının şiddeti söz konusu sensörlerin yoğunluğuna bağlıdır. Yani alıcı sayısı ne kadar artarsa ağrı o kadar hissedilir. Bu, vücudun her yerinde farklıdır. Hayvanın boğaz bölgesinden kesim yapılırken çok keskinleştirilmiş bir bıçak kullanılmaktadır. Bıçak ağzı inceliğindeki bir hat üzerinde ağrı sensörlerinin yoğunluğu ihmal edilebilir sayıdadır. Kesme işleminin kendisinin bir acısı yoktur. Zira saniyeler içinde olup biten bir işlemdir. Sonraki periyotta o bölgeye temas edilerek açığa çıkan sinir uçları uyarıldığı takdirde beyin acı duyar.⁶⁷ Bu yüzden boğazlama işleminin kesinlikle boğaz bölgesinden olacağını savunan fukahanın yaklaşımında, ağrı sensörlerinin ihmal edilebilir sayıda olduğundan boğaz bölgesinden ince bir hatla kesimde hayvanın daha az acı duyacağı söylenebilir. Yine fukaha hayvanın boynunun tek kesimde süratli bir şekilde ve keskin bir bıçakla kesilmesini öngörmüşlerdir. Hayvanın boynu tek kesimle saniyeler içinde keskin bir bıçakla kesildiğinde beyin korteksine giden, beyin kabuğuna giden kan miktarı saniyeler için hızla azaldığı için beyin bir anda küntleşir, ağrıyı hissedemez hale gelir. Hayvanın boyun damarının boğazlanması esnasında da bir kaç saniyede beyin işlevleri hızla devre dışı kalır.⁶⁸ Bu bilgiler ışığında hayvanın fikhî kesim işlemi esnasında daha az acı çekeceği ileri sürülebilir.

Öte yandan hayvan kesiminde acıyı azaltmayı sağlayacak olan ve son zamanlarda gündeme gelen alternatif yöntemlerden bir tanesi de hayvan hipnozudur. Fikhî açıdan da bir sakıncası olmayan hayvan hipnozu, yakın zamanlarda bilim insanlarının da dikkatini çekmiş ve laboratuvar çalışmalarına konu olmuştur. Mesela 1960'larda Newyork eyalet üniversitesi psikologlarından Gordon Gallup'un hayvanların hipnotizeye benzer durumlarını anlamak amacıyla laboratuvar çalışmaları yaptığı bilinmektedir. Daha sonra birçok araştırmacı hipnozu hareketsizlik/dona kalma olarak tarif edip hipnoz yerine "tonik hareketsizlik", "korcu felci" gibi ifadeler kullanmayı yeğlemişlerdir. Hayvan davranışları üzerine araştırmalar yapan bilim adamı Hans W. Erhard da 1990'ların sonunda yaptığı araştırmalarla bu fenomeni motor inhibisyonu/kısıtılmayla oluşan hareketsizlik-donakalma olarak isimlendirmiştir.

66 El-Barazî, ez-Zebhü'l-İslâmî ve mezâyâhü ve'z-zebhu'l-Ġarbi ve hafâyâhü, s. 7-8.

67 en-Nedvî, Nadi Kubeysi - el-Beşîr, Hasen Abdulgaffar, "ez-Zekâtuş-Şer'iyye ve mevkü'l-fikhî'l-İslâmî min turuki zebhi'l-hadîse", *Mecelletü Câmîati'l-Medîne el-Âlemiyye*, el-adedü'l-âşîr, 2014, s. 354; Ergin, Müzakere, s. 363.

68 Ergin, Müzakere, s. 364.

Hayvan hipnozu yöntemiyle kesme işlemi gerçekleştiğinde her yıl kurban bayramında görülen o klasik kaçma, tepme, yaralanma, bıçak vurulan hayvanın kanlı biçimde kaçması gibi vahşet görüntüleri de minimum düzeye düşebilecektir. Büyük baş hayvanlar için oldukça tecrübeli kasaplara sistem öğretildiğinde başarı şansı daha yüksek olacaktır, bununla birlikte büyük baş hayvanlarda bu “hipnotik donakalma” fenomenini oluşturmak çok daha zordur. Bu zorluk, büyük ve çok ağır olan hayvanları tutuş zorluğudur. Oldukça deneyimli kasapların mesleki birikimlerini “hayvan hipnozu” teknikleriyle birleştirmesi başarıyı yükseltecektir. Koyun/keçi gibi küçük baş hayvanlarda, hayvanın transa alınması, hareketsiz hale getirilmesi çok daha kolay biçimde sağlanabilir. Küçük baş hayvanlarda uygulanması bile kesim işleminin kalitesini oldukça yükseltebilecektir.⁶⁹ Kanaatimiz hayvan hipnozunun hayvanlarda sakinlik ve hareketsizlik hali oluşturmak suretiyle kesim esnasında hayvan refahını gerçekleştirmesinde önemli ve alternatif yöntemlerinden bir olacağıdır.

Netice itibariyle Şer’i kesimde asıl olan, hayvanı sersemletmeden kesmektir. Zira hayvana merhamet gösterilmesi, kesiminin güzel surette yapılması ve acısının en aza indirilmesiyle ilgili kural ve tavsiyeleri dikkate alındığında en ideal hayvan kesim yönteminin fikhî kesim olduğu ileri sürülebilir.⁷⁰ Kesimin acı ve stres vermeyecek, hayvan refahını gözetecek surette gerçekleştirilebilmesi için hayvan kesimi ile meşgul olanların özellikle küçük ve büyükbaşların kesiminde yukarıda zikredilen fikhî ilkeleri en iyi şekilde gerçekleştirecek (hipnotize etme gibi) yeni kesim yöntemleri geliştirmeleri veya mevcut bayıltma yöntemlerinin sorunlu olan kısımlarını gidermeleri⁷¹ de mümkündür. Bu düşünce esas itibariyle Hz. Peygamber’in “öldürdüğünüz zaman öldürmeyi güzel yapınız” hadisiyle de teyit edilmektedir. Bu bağlamda kesimden önce ölmelerini sağlayacak, acı ve stresi en asgariye indirecek fikhî ve teknik şartların yerine getirilmesi şartıyla sersemletilerek veya bayıltılarak kesilmelerine de cevaz verilebilir.

69 www.mehmetbaskak.com/tr/blog/hayvan-hipnozu-ve-kurban-bayrami_281.html

70 Nitekim bu özellik bazı batılı araştırmacılar tarafından da kabul edilmiştir. Bk. Florence Bergeaud-Blackler, “New Challenges for Islamic Ritual Slaughter: A European Perspective,” *Journal of Ethnic and Migration Studies* 33 (2007): 965.

71 Nakyinsige, K., et al., Stunning and animal welfare from Islamic and scientific perspectives, *Meat Science* 95 (2013), s. 359.

4. GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Hayvan refahı açısından bakıldığında İslam fikhının, teorik olarak kesme işlemini hayvana eziyet verme gibi olumsuz unsurlardan mümkün mertebe temizlediği söylenebilir. Bununla birlikte günümüz Müslümanlarından bazılarının, Allah'a yakınlaşma vasıtası ve bir ibadet olarak kesilen (tezkiye) kurbanlık hayvanlara gereken itinaı göstermeksizin, onlara eziyet verdikleri doğrudur. Ancak pratikteki bu yanlışlıkları İslâm'a mal etmenin isabetli bir yaklaşım olduğunu söylemek zordur. Zira bütün canlılara karşı şefkat ve merhameti emreden İslâm, kurban söz konusu olduğunda şefkat ve merhamet üzerine dikkatimizi daha fazla çeker, bu hususta mü'minlere daha fazla tavsiyelerde bulunur. Hassaten kesim öncesinde ve esnasında alınacak önlemlerle hayvanlara ilave bir acı ve ıstırap çekmelerine engel olmak İslâm'ın genel ilkelerinden olup, dini bir sorumluluktur.

Hatta hayvan refahına dayalı kesim işleminin sürecinin teorisi hadis-i şeriflerin de etkisiyle daha ilk dönemlerden itibaren oluşmuştur. Klasik fıkıh kitaplarında söz konusu işlemler tezkiye başlığı altında ele alındığı gibi İzz b. Abdüsselâm (ö. 660/1262)'da olduğu gibi kavâidi külliye kitaplarında ele alınmıştır ve hatta kesim işleminin denetlenmesi kamu görevi kabul edildiği için kamu görevlerinin ele alındığı "ahkâm-ı sultâniye" ve "hisbe" türü kitaplarda da görmek mümkündür.

Bu itibarla genel olarak hayvan hakları ve refahı boyutunda kurban hizmetlerine ait yanlışların giderilmesi de çok önemlidir. Kurbanlık olarak yetiştirilen hayvanların nakilleri aşamasından itibaren hayvan refahına ilişkin kurallara uyulması gerekmektedir. Hayvanlar strese maruz bırakılmadan, su ve beslenme ihtiyaçları düzenli olarak karşılanarak, indirme bindirme sırasında eziyet edilmeden, uygun havalandırma koşulları olan araçlarla taşınmalı, yol boyunca mola verilerek dinlendirilmelidir. Ulaşıtları noktalar olan kurban satış yerlerinde hayvanların bulundurulduğu çadırlarda çok sıkışık olmamaları, özellikle sorun olan su ihtiyaçlarının düzenli olarak karşılanması, uygun olmayan hava koşullarından etkilenmemeleri için düzenlemelerin yapılması, zemin genelde bozuk olduğundan altlıkların oluşturulması, hayvanın kesim anına kadar refahı ve sağlığına yönelik önlemlerin alınması gerekir. Bütün bu önlemler, İslâm fikhının genel hayvan hakları düşüncesinin önemli hüküm ve uygulamalarını oluşturmaktadır.

PATOLOJİK TIBBİ ATIK VE MÜKERREMLİK VASFI ARASINDA CENİN

Yrd. Doç. Dr. Nurten Zeliha ŞAHİN*

Özet: Doğumun tıbbileşmesi ve üremenin teknolojinin konusu olması ile birlikte atık dili de üremenin çeşitli aşamalarında kullanılmaya başlanmıştır. Atık, herhangi bir şekilde faydaya dönüştürülemeyen ve kullanım için verimli olmayan şeydir. Bu tanımlama, bir şeyin değerinin onun faydaya dönüştürülmesine bağlı olduğu şeklinde bir anlamı da kendi içerisinde saklı tutmaktadır. Bu bağlamda patolojik atıklar arasında yer alan fetüs için atık dilinin kullanılması, onun diğer atıklar gibi aynı değersizlik tanımlaması içine dâhil edildiği sonucunu çıkarabiliriz. Bu algıya göre insan kökenli biyolojik maddeler, embriyo ve fetüs kendisi dışındaki nedenle bir değere sahiptir. Faydalanma mantığı üzerine kurulan bu neden kaybolmuşsa, onlara biçilen değer de kaybolur. Buna karşılık İslam, insan kökenli biyolojik maddeleri, insan embriyosu ve fetüsünü insan varlığına ait olması yönü ile ele almakta ve onun için mükerremlik şeklinde bir değer tanımlaması yapmaktadır. Bu anlamda bu çalışma modern tıp ile İslam'ın insan bedenine yönelik algısının fetüs bağlamında bir değerlendirmesini içermektedir.

Anahtar Kelimeler: Cenin, Fetüs, Mukerrem, Patolojik Atık, İnsan Kökenli Maddeler.

Fetus between Pathological Medical Waste and the Qualitative of 'Mukarram'

Abstract: With the medicine of birth and the issue of technology of the reproductive The waste language has also begun to be used at various stages of the reproductive. Waste can not be converted to benefits in any way and thing that are not efficient for use. This definition, it also holds a meaning in itself that something depends on its value being converted into its usefulness. In this context, we can draw the conclusion that the use of waste language in the fetus which is among the pathological wastes is subjected to the same worthlessness as the other wastes. According to this, human biological materials, embryo and fetus have a value due to their external reasons. If this reason based on the utility logic is lost, the value connected with them also disappears. Islam, on the other hand, human biological materials, human embryos and fetuses are treating with direction belonging to human existence and defining a value form of "Mukarram". In this sense, this study implies that modern medicine and Islam have an assessment in the fetus context of the human body perception.

Keywords: Fetus, al-Mukarram, Pathological Waste, Biological Materials of Human Origin..

* Manisa Celal Bayar Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslâm Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, nurtenzeliha@gmail.com

GİRİŞ

İnsan yaşamı, biyolojik gelişim aşamasına göre “bebeklik-çocukluk-gençlik...” şeklinde sınıflandırılır ve bu sınıflandırmanın en başında insanın anne karnında geçirdiği dönem yer alır. Ancak bu dönemi diğerlerinden farklı kılan anneden bağımsız bir varlık tanımının, ilgili ilim dallarının konuyu ele alma gayesine göre değişebilirliği. Bu bağlamda anne karnındaki çocuğa ne isim verilir sorusuna tıpçılar açısından cevabın: ‘Hangi aşamasının sorulduğu’ şeklinde olması olasıdır. Çünkü tıp açısından insan varlığının ilk başlangıcı, erkeğin sperminin ve kadının yumurtasının birleşimidir. Bu birleşimden oluşan hücre, zigot olarak isimlendirilmektedir. Zigotun oluşumu ve anne rahmine yerleşimi yaklaşık iki haftadır. Üçüncü haftanın başlangıcından sekizinci haftanın sonuna kadar devam eden süreçte gelişen zigot, embriyo ismini alır.¹ Dokuzuncu gelişim haftasından doğuma kadar ki dönem içinde gelişen ve gelişim aşamasını tamamlayan bu gebelik ürünü için verilen isim ise fetüstür.²

Hukuk açısından “anne rahmine düşmüş olan, yani kendisine gebe kalınmış bulunan ve doğumu beklenen çocuğa cenin denir.”³ Bu genel tanımlama ile birlikte Medeni Hukuk ceninle sadece muhtemel hak süjesi olarak ilgilenir ve sağ doğma şartıyla hukuksal düzenlemelere konu yapar.⁴ Türk Ceza Kanunu açısından konuyu ele aldığımızda ise, cenine yönelik “çocuk düşürtme suçu” (TCK m.99) ve “çocuk düşürme suçu” (TCK m.100) şeklinde iki suç tanımlaması ile karşılaşırız. Bu iki suç tanımlaması arasındaki fark ise suçun faili bakımından ortaya çıkmaktadır. “Çocuk düşürtme suçu” ile suç, anneye yönelik müessir bir fiil olarak kabul edilmiş ve bu eylem doğumdan önce gebeliğin sona erdirilmesine müdahale olarak görül-müştür.⁵ “Çocuk düşürme suçu”nda suçun faili gebelik süresi on haftadan fazla olan kadındır. Çünkü Nüfus Planlaması hakkındaki Kanun ile Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine ilişkin Tüzük 10. haftası doluncaya kadar kadının sağlığı açısından sakınca olmadığı takdirde annenin isteği üzerine rahmin tahliye edilebilirliğini hükme bağlamıştır. 10. haftadan sonra

1 Utkan Kocatürk, *Açıklamalı Tıp Terimleri Sözlüğü: İngilizce, Latince, Grekçe Tıp Terimlerinin Günümüzde Açıklamalı Karşılıkları*, Nobel Tıp Kitabevi, 10. baskı, Ankara, 2005, s. 277.

2 Utkan, *Açıklamalı Tıp Terimleri Sözlüğü*, s. 316.

3 Turgut Akıntürk, *Medeni Hukuk*, Beta Başım A.Ş., İstanbul, 2008, s. 112.

4 Serap Helvacı, *Gerçek Kişilik*, Legal Yay., İstanbul, 2016, s. 29. Türk Medeni Kanunu’na göre kişilik, “çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümlle sona erer” ve çocuk hak ehliyetini “sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.” (TMK m. 28).

5 Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, Seçkin Yayıncılık Sanayi ve Ticaret A.Ş., Ankara, 2007, s. 443; İsmail Ercan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2015, s. 83; Halil Yılmaz, “Cenini Öldürme (Çocuk Düşürtme/Düşürme) Suçu”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2001, s. 74.

ise Nüfus Planlaması hakkındaki Kanununun 5. maddesine göre eğer annenin yaşamını tehdit ettiği veya edeceği ve doğacak çocuk ve onu takip eden nesiller açısından ağır maluliyete neden olacak hallerin oluşabileceği, ilgili mütehasıslarca verilecek objektif bir raporla tesbit edilirse ancak o zaman hamilelik sona erdirilebilir. Bu suç tanımlamasında suçun hukuksal konusunu “ceninin yaşam hakkı”, “annenin beden ve ruh sağlığı” ve “nüfus politikasının saptanmasına ve toplumsal yaşamın esenliğinin sağlanmasına yönelik kamusal yarar” oluşturmaktadır.⁶

Tıp literatüründe gebeliğin 22. haftasından önce organlarının gelişimi çok yetersiz olduğu için fetüsün rahim dışında yaşama şansı yoktur. Bu nedenle 22. gebelik haftasından önce fetüsün rahimden ayrılması ile fetüs düşük (abortus) ismini alır.⁷ Düşüğün halk sağlığı açısından ismi ise patolojik atıktır. Aynı ayrı sınıflandırılan tıbbi atıklar içerisinde cerrahi girişim, otopsi, anatomi veya patoloji çalışması sonucu ortaya çıkan dokular, organlar, vücut parçaları, vücut sıvıları ile birlikte fetüs patolojik atık sınıflandırmasının içerisinde yerini almıştır.⁸ Bu sınıflandırma, denetimsiz olarak atıldıkları takdirde enfeksiyonlara kaynaklık edebilecekleri açısından ele alınarak yapılmıştır.⁹ Bu nedenle ülkemizde patolojik atıkların çevreye ve sağlığa zarar vermeden toplanarak imhası, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından 25 Ocak 2017 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanan “Tıbbi Atıkların Kontrolü Yönetmeliği” doğrultusunda gerçekleştirilmektedir. Bu yönetmenliğe göre patolojik atıkların imhasında yakma yöntemi kullanılması ile birlikte kol, bacak, fetüs gibi tanınabilir nitelikte olan ve enfeksiyon riski taşımayan atıklara defin işlemi uygulanabilir ve bu defin işlemi hasta veya hasta yakınının talebi üzerine hasta veya hasta yakınları tarafından gerçekleştirilebilir.¹⁰

Çağımızda ise tıp, biyoloji, genetik bilimindeki gelişmeler ve biyoteknolojideki ilerlemeler ile birlikte fetüs, bir araştırma nesnesi ve bir donör olarak tanımlanabilmektedir.¹¹ Ceninden elde edilen fetal hücrelerin kullanımı ile ilgili ilk kayıt

6 Ercan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 85.

7 İsmail Döner, “Tıbbi Açından Fetüs, Embriyo, Kürtaj ve Düşük (Abortus) nedir?”, *V.Sağlık Hukuku Kurultayı*, 1-2 Kasım 2013, (Cahit Doğan & Pınar Aksoy Gülaslan) Salmat Bas. Yay. Amb.ve Tic. Ltd. Şti., Ankara, 2014, s. 36.

8 *Çevre ve Şehircilik Bakanlığından: Tıbbi Atıkların Kontrolü Yönetmeliği*, Resmi Gazete, 25 Ocak 2017, erişim tarihi: 01.06.2017.

9 Songül A. Vazioğlu, “Tıbbi Bakım Atıkları; Türleri, Kaynakları ve Bertaraf Yöntemleri”, *Toplum ve Hekim*, Sy. 5, 2005, s. 328.

10 <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/01/20170125-2.htm>, erişim tarihi: 01.06.2017; Vazioğlu, “Tıbbi Bakım Atıkları”, s. 334.

11 İmdat Elmas & Zeki Soysal & Birgül Tüzün, “Fetusun Bilimsel Amaçlı ve Trplantasyon Amaçlı Kullanımı: Tıbbi, Hukuki ve Etik Sorunlar” *Perinatoloji Dergisi*, VIII, Sy.3, 2000, s. 66.

İtalya ve İngiltere’de 1920’lere, ABD’de 1930’lara kadar dayanır.¹² Nobel ödülü kazandıran çocuk felci aşısı fetal böbrek hücrelerinin laboratuvarında kültürlenmesi sonucu elde edilmiştir.¹³ Fetal hücrelerinin tedavide kullanılabilirliğinin ortaya konulması ile şeker hastalığının semptomlarının azaltılmasındaki ve hasarlı beyin hücrelerinin onarılmasındaki etkisi, araştırmalara konu olmuştur.¹⁴ Bugün için hücresel hasarları onarması yönü ile rejeneratif tıp (yenileyici tıp)taki fetüsün yeri, hücrelerinden kök hücre elde edilmesi ile artmıştır.¹⁵ Öncelikle istem üzerinde sonlandırılan embriyonlardan kök hücre geliştirilebildiği için, rahim içinde gelişim aşamasında olan embriyolar kök hücre kaynaklarından birisi olarak tanımlanmaktadır.¹⁶ Ayrıca fetal kök hücreler ilaç sektörü açısından da araştırmanın konusu olduğu, bu alanda çalışanların ifade ettiği bir başka gerçek olarak önümüze çıkmaktadır.¹⁷

Bütün bu tanımlama karmaşası içinde ceninin çağımızda bilimsel ve transplantasyon amaçlı kullanımı hukuki ve etik sorunları beraberinde getirmiştir.¹⁸ Bu bağlamda tartışılan sorunlardan birisi, düşüğün kadavradan farklı olarak atık statüsü içinde değerlendirilmesidir. Düşüğe konu olan cenin, sağ olarak doğmadığından hukuk onu kişi olarak tanımaz. Bir fetüs kişi olarak tanımlanmadığı için kadavra değilde atık statüsünde yerini alması, düşüğün insan olarak kabul edilmemesi gerçeği ile bizi yüzleştirmektedir. Düşüğün atık statüsünde, ilgili sağlık kuruluşunun imha etmesi gereken bir materyal olarak kabul edilmesinin arkasındaki gerçek ise kadının yasal bir hakkı olan kürtaj ile gözden çıkardığı fetüsa, kadavranın sahip olduğu hukuki hakların verilmesinin birbiri ile çelişen bir davranış olarak görülmesi, kürtaj olan bir kadının fetüs için tören yapmasını ve gömmesini istemenin

-
- 12 Bill Cassidy & David Prentice, “Planned Parenthood’s Defense of Using Fetal Organs to ‘Treat and Cure’ is a Sham”, *National Right to Life*, 12 October 2015, s. 30; News Diana S. Hart, “Fetal Research and Abortion Politics: Holding Science Hostage”, *Family Planning Perspectives*, Sy. 7, 1975, s. 73.
- 13 “How Exactly Fetal Tissue is Used for Medicine”, <http://edition.cnn.com/2015/07/17/health/fetal-tissue-explainer/index.html>, erişim tarihi: 11.07.2017.
- 14 Cassidy & Prentice, “Planned Parenthood’s Defense of Using Fetal Organs to ‘Treat and Cure’ is a Sham”, 30; Ayşe Yalman & Ekim İlke Şen, “Parkinson Hastalığı ve Rehabilitasyonu”, *Türkiye Fiziksel Tıp ve Rehabilitasyon Dergisi*, Sy. 57, 2011, s. 42.
- 15 Alp Can, “Kök Hücre Tanımları”, *Kök Hücre Biyolojisi ve Klinik Uygulamalar*, Türkiye Bilimler Akademisi, Ankara, 2011, s. 16.
- 16 *Kök Hücre Araştırmalarında Güncel Kavramlar*, Türkiye Bilimler Akademisi, Ankara, 2005, 12; Fahri Şahin & Güray Saydam & Serdam Bedii Omay, “Kök Hücre Plastisitesi ve Klinik Pratikte Kök Hücre Tedavisi”, *Türk Hematoloji ve Onkoloji Dergisi*, C. 15, Sy.1, s. 54.
- 17 Oğuz Özyaral, “Kök Hücre ve İlaç Sektörü”, 6. *Kök Hücre Sempozyumu*, 5-6 Mayıs 2017, s. 30.
- 18 Emin Kansu, “Kök Hücre Biyolojisi ve Plastisitesinde Güncel Kavramlar”, *Hacettepe Tıp Dergisi*, C. 36, Sy. 4, 2005, s. 194.

acımasız olabileceği gerçeğidir.¹⁹ 2017 yılında ABD'nin Texas eyaletinde hastane ve özel kliniklerin, istemli veya istemsiz düşükler ve ölü doğumlarda fetal kalıntılarını gömmesi veya yakması şeklinde bir yükümlülük ile birlikte tıbbi araştırmalar için fetal dokunun bağışlanması yasaklayan yasağı içeren bir yasanın tartışmaya açılmasıyla öncelikle kürtaj taraftarları yasaya karşı çıkmıştır. Nedeni ise yasanın, kadına ek bir sorumluluk yüklemesiyle kadının yasal kürtaj hakkını kullanmasını engelleyici bir sonucunun olabileceğine dair endişelerdir.²⁰ Bu değerlendirmeler ışığında, fetal kalıntılardan araştırma amaçlı kullanılırken takip edilmesi gereken prosedürün belirlenebilmesi için öncelikle ceninin tam olarak değerinin tanımlanması gerçeğinin önümüze çıktığını söyleyebiliriz.

İkincisi ise fetal hücrelerin araştırma amaçlı kullanımı ile ilgili tartışmaların, öncelikle kürtaj politikası ile bağlantılı olarak gelişmesidir.²¹ ABD'de fetal hücreler üzerinde çalışmalar kürtaj yasağı olduğu için daha çok istemsiz ve tıbbi amaçlı kürtaj sonucu elde edilen düşükler üzerinden yapılmaktaydı. ABD'de 1973 yılında Yüksek Mahkeme kürtaj yasağının sınırını, fetüsün yapay bir destek olmadan rahmin dışında canlı kalabilme olarak tanımlanabilecek yaşayabilirlik "viability" şartına bağlayarak kürtajı yasal hale dönüştürmüştür.²² Bu karardan sonra istemli düşüklerin araştırma amaçlı kullanımı genişlemiştir. Fakat kürtajdan sonra fetüsün, canlılığını muhafaza ederek insanın gelişim aşamalarını öğrenme adına araştırma nesnesi haline dönüştürülmesine dair raporların gündeme düşmesiyle²³ kürtajın sınırını belirleyen "viability" kavramının net olarak tanımlanabilir olmadığı ortaya çıktı. Bazı fetüslerin anneden alındıktan sonra da yaşam belirtilerini gösterebilir olması, fetal hücrelerinin alınmasının ahlakiliği ve yasallığı konusunda

-
- 19 Nikki Melina Constantine Bell, "Regulation Transfer and Use of Fetal Tissue in Transplantation Procedures: The Ethical Dimensions", *American Journal of Law & Medicine*, Sy. 20 (3), 1994, s. 286.
- 20 "Texas House approves new abortion restrictions", may 19, 2017, <https://www.texastribune.org/2017/05/19/texas-house-approves-sweeping-anti-abortion-bill/> erişim tarihi: 31.05.2017; "Texas rule requiring burial or cremation of fetal tissue shames women, suit says", <https://www.theguardian.com/us-news/2016/dec/12/texas-fetal-remains-abortion-rights-lawsuit>, erişim tarihi: 31.05.2017; "Federal Judge Temporarily Halts Texas Rule Requiring Burial of Fetal Remains", JAN 28 2017, <http://www.nbcnews.com/news/us-news/federal-judge-temporarily-halts-texas-rule-requiring-burial-fetal-remains-n713596>, erişim tarihi: 31. 05. 2017; "Texas rule requiring burial or cremation of fetal tissue shames women, suit says" <https://www.theguardian.com/us-news/2016/dec/12/texas-fetal-remains-abortion-rights-lawsuit>, erişim tarihi: 14. 08. 2017
- 21 Federal and State Regulation of Research Involving Human Fetal Tissue, CRS Report for Congress Received through the CRS Web, October 9, 2001, s. 8.
- 22 Carol A. Tauer, "Human Fetal Tissue: Scientific Uses and Ethical Concerns", *Journal of the Minnesota Academy of Science*, Sy. 55, 1990, s. 2.
- 23 Mary Carrington Coutts, "Fetal Tissue Research", *Bioethics Research Library The Joseph and Rose Kennedy Institute of Ethics*, Washington, 1993, s. 2; Kenneth L. Woodward, "A Search For Limits", <http://www.newsweek.com/search-limits-194956>, erişim tarihi:12.07.2017.

tereddütleri artırmıştır.²⁴ Kürtaj karşıtı gruplar kürtajın bir cinayet olduğu ve fetal araştırmalarında bir işkence veya keyfi, gelişigüzel, insan varlığına dair değerleri umursamaz bir deney olduğu görüşünü kamuoyunda seslendirmeye başladılar. Kamuoyunun konuya karşı duyarlılığının artması ile 1974 yılında kongre, istemli düşüklerin fetal araştırmalar da kullanılabilirliğine yönelik federal fonu durdurdu. 1975 yılında biyomedikal ve davranışsal araştırmalarda insan deneklerini korumayı amaçlayan komisyonun, fetüs üzerinde yapılan araştırmalarda uyulması gereken etik kurallara dair tavsiye raporunda fetüsün, bir insan öznesi olarak saygı ve ilgiyi hak ettiği, insanın genetik mirasını paylaşması yönü ile hayat belirtisi olup olmadığına bakılmaksızın onur ve saygı ile davranılması ve ölü olan fetüslerin hücrelerinin araştırma amaçlı kullanılırken insan kavrularının doku ve hücre naklinde uyulması gereken etik kurallara tabi olmasının gerekliliği vurgulandı.²⁵ ABD’de 1987 yılında Ulusal Sağlık Enstitüsünün talebi üzerine İnsan Sağlık Servisi tarafından fetal doku araştırmaları için federal fonun oluşturulmasıyla birlikte konu, 1988 yılında etik ve hukuk açısından hukukçu, politikacı ve din adamlarının katıldığı bir panelde tartışıldı.²⁶ Bu panelde savunulan görüşlerden birisi, kürtaj yasal olduğu için kürtaj sonucu elde edilen fetal hücrelerin kullanılabilmesinin yasal olacağıdır. Bunun karşısında abortionun ahlaki olmadığı için bu araştırmaların fonlanmasının ahlaki olmayan bir davranışı meşrulaştırdığı anlamına geldiği görüşü yerini aldı.²⁷ Panelin sonunda fonun devam etmesi yönünde ağırlıkta bir görüş oluşmuştur.²⁸

İstemli düşüklerden elde edilen fetal hücrelerinin araştırma amaçlı kullanılması ile ortaya çıkan sorunların ana merkezinde düşük için tanınan statü yer almaktadır. Çünkü fetüstan, araştırma amaçlı kullanılmaya başlanması ile birlikte, kendisini gözden çıkartan topluma faydalı olmasının istenmesi, konunun kendi içinde taşıdığı ironilerden sadece birisidir. Bu bağlamda çalışmamız, pozitif hukukun fetüse tanıdığı statüyü ve etik değerlendirmeleri göz önüne alarak İslam hukukunun konuya yaklaşımını ortaya koymayı amaçlamaktadır.

24 Hart, “Fetal Research and Antiabortion Politics”, s. 80.

25 *Research on the Fetus The National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research 1975*, U.S. Department of Health, Education, and Welfare DHEW Publication No. (OS)76-127, s. 61-62.

26 Elmas & Soysal & Tüzün, “Fetusun Bilimsel Araştırma ve Trplantasyon Amaçlı Kullanımı”, s. 65.

27 *Report of the Advisory Committee to The Director*, National Institutes of Health, Human Fetal Tissue Transplantation Research, December 14 1988 Bethesda Maryland, s. 2.

28 *Report of the Advisory Committee to The Director*, s. 7.

A. ATIK STATÜSÜNDE CENİN

“Değeri ve kullanımı olmayan, gözden çıkarılmış, taşınabilir nesnelere” genel olarak atık şeklinde ifade edilmektedir.²⁹ Türk Dil Kurumu’nun yayınladığı Güncel Türkçe Sözlüğünde atık, “*üretimden tüketime kadar olan tüm aşamalarda ortaya çıkan ve kullanıcının işine yaramayan maddelerin tamamı*” şeklinde tanımlanmıştır.³⁰ Bu tanımlamalardan yola çıkarsak atık değer ile bağlantılı bir kavram olduğunu söyleyebiliriz.³¹ Atık teorisi bir şeyin faydalı olup olmadığını, onun parasal bir değerinin olup olmadığını açısından ele alarak ortaya koyar.³² Bu anlamda atık, kâr/fayda amaçlı bir üretim tarzını amaçlayan kapitalizmin bir işlevi olarak görülebilir.

Bir madde atık statüsüne girmişse, ona ait bağımsız bir değerden değil aksine kendisi dışındaki bir nedene bağlantılı bir değerden söz ediyoruz demektir.³³ Çünkü bir şey belirli bir amaç için kullanılmadığında, faydasız olmasına dayanılarak atık olarak isimlendiriliyorsa, o zaman o şeyin kendisi içinde var olan bir değere sahip olmadığı anlamı çıkar.³⁴ Bu açıdan atık tanımlamasıyla, fayda ile değer; faydasızlık ile değersizlik arasında bir bağlantı kurulduğu görülmektedir.

Bu bilgiler ışığında insana ait materyallerin, insan embriyosunun ve fetüsün atık tanımlaması içine dâhil edilmesini değerlendirecek olursak; onlar ile ilgili olarak kendileri dışında ki nedene dayalı bir değerden söz edildiğini söyleyebiliriz.³⁵ Üreme materyallerinin (donmuş embriyolar, fetal hücreler) onlar ile iyi bir şey yapabilmek için kullanma isteği onların eğer tıbbi anlamda bir faydaya dönüştürülemezse atık olarak kabul edilmesini getirmiştir.³⁶ Bu anlamda atık dili donmuş embriyoların, fetal hücrelerin ve diğer insan kökenli biyolojik maddelerin³⁷ tıbbi faydaya dönüştürülmesinde ahlaki meşruiyetinin zemini oluşturduğu

29 Ülker Uysal, “Hastane Atıkları”, *Hastane İnfeksiyonları Dergisi*, 2004, Sy. 8, s. 122.

30 <http://www.tdk.gov.tr/>, erişim tarihi: 06.06.2017.

31 David M. Halperin, “Out of Australia”, *Culture and Waste The Creation and Destruction of Value*, (edit. Gay Hawkins & Stephen Muecke) Rowman & Little Field Publishers, Inc., Lanham & Boulder & New York & Oxford, 2003, s. 4.

32 John Frow , “ Invidious Distinction: Waste, Difference, and Classy Stuff”, *Culture and Waste The Creation and Destruction of Value*, s. 26.

33 Frow , “ Invidious Distinction”, s. 25

34 David A. Jensen , “Abortion, Embryonic Stem Cell Research, and Waste”, *Theoretical Medicine Bioethics*, 2008, Sy. 29, s. 36.

35 Rachel Ariss, “Theorizing Waste in Abortion and Fetal Ovarian Tissue Use”, *JWURFD*, Sy. 15, 2003, s. 256.

36 John Harris , “Stem Cells, Sex, and Procreation”, *Cambridge Quarterly Healthcare Ethics*. 2003, Sy. 12(4), s. 368-369.

37 “İnsan vücudu içerisinde bulunan organ, doku ve hücre gibi maddeler ile insan vücudundan, cerrahi müdahale ya da dış bir etkene bağlı olmaksızın kendiliğinden ayrılan biyolojik maddeleri açıklamak amacıyla kullanılan bir terimdir.”, Arif Barış Özbilen, *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 7.

görölmektedir. Konuyu bu açıdan değerlendirdiğimizde, tıbbi uygulamalar bağlamında istemli veya istem dışı düşen fetüslere, faydaya dönüşüp dönüşmemesi açısından değer biçildiği ve biçilen değere göre onlar için kullanılan dilin değiştiği söylenebilir.

2014 yılında gazetelere yansıyan şekli ile Kanada'nın eyaleti olan Britanya Kolumbia'sında düşük fetüslerin, çöpler ile birlikte ABD'nin bir eyaleti olan Oregon'daki enerji santraline yakıt için transfer edildiğine dair haberlerin yer alması³⁸ atık dilinin biyomedikal atık olarak fetüsleri çöp statüsüne indirdiğinin bir göstergesi kabul edilebilir. Bir noktada insan fetüsünün atık statüsüne indirgenmesi ile birlikte diğer atıklar gibi insanlara fayda sağlayacak şekilde geri dönüşümünün yapılabilirliğinin mantığı kolaylıkla da kurulabilir. Çünkü insan fetüsleri de diğer atıklar ile birlikte yakılarak imha edildiğine göre bu yakma işleminin faydaya dönüştürülmesinde bir sakınca olmasa gerek!³⁹

İnsan fetüsleri üzerinde korumayı hukuk sağlamaz. Hukukta ölüm ile kişilik hakları sona erdiği için cesedi korumadaki hukuksal değer ne olduğu öğretilerde çoğunlukla yakınlarının saygı ve sevgi duygularına saldırı olarak kabul edilerek cesedin korunmasındaki hukuki gerekçe ortaya konulmaya çalışılmıştır.⁴⁰ Fetüs, eğer ailesi tarafından sahip çıkılmamışsa, özellikle kürtaj sonucu düşürülmüşse başlangıçtan itibaren istenilmediği için o artık – ülkede özel hukuki bir düzenleme yoksa- hukukun konusu değildir. Sadece o bir atıktır. Kabul edilen tıbbi atık kontrol yönetmeliği doğrultusunda imhası gerçekleştirilebilir!

B. MÜKERREMLİK VASFI AÇISINDAN CENİN

Kur'an insanın, yaratılmış olanlara kıyasla ayrıcalıklı bir yere sahip olduğunu farklı açılardan anlatır. Bunlardan birisi insanın anne karnında geçirdiği gelişim evrelerine yer vermesidir. Bu gelişim aşamalarından bahseden Mü'minûn 12-14, Hac 5, Murselât 20-21, Kıyâmet 37-39 ayetlerine baktığımız zaman bu ayetlerin insanın var olurken geçirdiği aşamalara yer verdiğini görürüz. Mustafa Öztürk, Kur'an'ın ilk hitap çevresi düşünüldüğü zaman insanın yaratılışını anlatan bu ayet-

38 "Some aborted babies burned to generate electricity", 24 April 2014, <http://bcc.rcav.org/the-news/3791-some-aborted-babies-burned-to-generate-electricity>, erişim tarihi: 31.05.2017; "Health Ministry washes its hands of disposal of fetal al tissue in Oregon waste-to-energy", The Newsletter of United FOR Life Times, BC, issue 05, Jun 2014, erişim tarihi: 07.06.2017, s. 3-5.

39 Fetal Disposition: The Abuses and The Law, *The Charlotte Lozier Institute's American Reports Series*, Issue 13 | December 2016, s. 6.

40 Helvacı, *Gerçek Kişilik*, s. 137.

lerin bilimsel bilgi ile örtüşme şeklinde bir amacının olmadığını belirtmektedir.⁴¹ Buna karşılık M. Ali Bar “Kur’an-Kerim ve Modern Tıbbı Göre İnsanın Yaratılışı” adlı kitabını Kur’an’da insanın yaratılışını anlatan ayetlerin bugünkü bilimsel bilgi ile uyumlu olduğu tezine dayanarak yazmıştır.⁴² Hangi tezi kabul edersek edelim bu ayetler insanın varoluşsal gerçeğine etik bir değer yüklemeyiz. İslam’da insana yönelik etik duruşu ifade ettiği kabul edilen ayet, “*biz âdemoğlunu keremli kıldık*”⁴³ ayetidir. Ayet insandan, âdemoğlu şeklinde türün bir üyesi olarak bahsetmekte ve ona keremlilik şeklinde bir vasıf yüklemektedir. Peygamberimiz de “*ölünün kemiğini kırmak diri iken kırmak gibidir*”⁴⁴ buyurarak bu saygıdeğerlilik vasfını ölü veya diri farketmeksizin insanın bedenine atfetmiştir. Ayrıca insanın diğer yaratılmışlardan ruh, beden ve akıl yönü ile bu bütünlük içinde farklı yaratılmasını ifadelendiren, Allahû Teâlâ’nın insanı şekillendirerek ruhundan üflediği,⁴⁵ ahsen-i takvim olarak tanımladığı şekilde yarattığı⁴⁶ ve yeryüzünde halife kıldığına⁴⁷ dair ayetler, insana yönelik bu saygıdeğerlilik vasfının bir açıklayıcısı olarak kabul edilebilir.⁴⁸

Mükerrer kerem sahibi kılmaktır. Bu da şerefli kılınma ve birçok güzelliklerin sahibi olma anlamına gelmektedir.⁴⁹ Müfessirlerin bu ayet ile ilgili temelde aradıkları cevap ise keremlilik vasfının niçin insana yüklendiğidir. Sorularına cevap ararken daha çok insanın keremliliğinin nedenini insanda olup da diğer canlı türü olan hayvanda olmayan nelerdir noktasında bir karşılaştırma yaparak ortaya koymaya çalıştıkları görülmektedir.⁵⁰ Müfessirler bu üstünlüğü insanda var olan akıl, bilinç ve temyiz gücü gibi vasıflara bağlarken insanlık vasfını insanın fiziksel yapısından ayrı düşünmemişlerdir.⁵¹ Fahreddin er-Râzî (ö. 606/1210) insanı beden ve nefisten

41 Mustafa Öztürk, *Kur’an ve Yaratılış*, KURAMER, İstanbul, 2015, s. 216, 219.

42 M. Ali el-Bâr, *Kur’ân-ı Kerim ve Modern Tıbbı Göre İnsanın Yaratılışı*, (terc. Abdülvehhab Öztürk) Türkiye Diyanet Vakfı, Ankara, 2010, s. 9-10.

43 İsrâ, 17/ 70

44 Malik b. Enes, Muvatta, “Cenâiz”, 15; Ebu Davud, “Cenâiz”, 58-60; İbn Mâce, “Cenâiz”, 63.

45 Sâd, 38/72.

46 Tin, 95/4.

47 Bakara, 2/30.

48 Yusuf Altunbaş, *Kur’an’da İnsanın Yaratılışı ve Evrim Teorisi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sivas, 2006, s. 90

49 Muhammed Hasan Hasan Cebel, *el-Mu’cemü’l-istikâkiyyü’l-müessal li elfâzi’l-Kur’âni’l-Kerim* Mektebetü’l-âdâb, Kahire, tsz., s. 1886.

50 Ebû İshâk İbrâhîm b. es-Serî b. Sehl ez-Zeccâc, *Me’âni’l-Kur’an ve irâbüh*, (thk. Abdülcelil Abduh Şelebi) Âlemü’l-Kütüb, Beyrut, 1988/1408, III, s. 252.

51 İbn Abbas’a göre hayvan her şeyi ağzı ile yer fakat âdemoğlu eli ile yer. Aynı zamanda insanın hayvandan ayırıcı özelliği olarak aklı bulunmaktadır. Dahhâk, insanın konuşması ve ayrıca temyiz yeteneğine gönderme yapar. Ebü’l-Kâsım Mahmûd b. Ömer b. Muhammed el-Hârizmî ez-Zemahşeri, *el-Keşşaf an hakâ’iki gavâmizi’t-tenzil ve ’uyûni’l-ekâvil fi vücûhi’t-te’vil*, Darü’l-kütübi’l-Arabiye, Beyrut, 1407, IV, s. 62-63; Ebû Muhammed el-Hüseyn b. Mes’ûd b. Muhammed el-Ferrâ’ el-Begavi, *Me’âlimü’t-tenzil*, (thk. Muhammed

mürekkep bir cevher olarak tanımlar. Ona göre insan nefsi yeryüzünde mevcut olan nefislerin ve bedeni yeryüzünde bulunan cisimlerin en şerefliisidir.⁵²

Mükerremlik kavramı, insana, hayvandan farklı olarak hukuki bir koruma getiren bir vasıftır, bu vasıflandırma Allah tarafından yapılmıştır ve sadece insan ile ilgilidir. Allah'ı insanın haklarını koruyan kamu otoritesi olarak görürsek insan türüne yüklenen bu etik değer insanın varlıksal olarak niteliğinden ayrılmayan, âdemoğlunun yeryüzünde varlığı devam ettiği müddetçe zamandan zamana değişmeyen, dokunulamaz bir vasıf olarak kabul etmemiz gerekir. Bu anlamda insana ait nitelikler ile birlikte insanın biyolojik varlığına da yüklenildiği kabul edilen bu ahlaki vasıf hukuk açısından normatif içeriğe sahiptir. Fakihler, insanın mükerremliğini insanın bedenine yönelik normatif bir değer olarak gördükleri için, insan bedeni ve onun cüzlerine yönelik değerlendirmelerde bu vasfı göz önünde tuttuklarını söyleyebiliriz. Özellikle insan bedenine ait bir madde söz konusu olduğu zaman insanın mükerremliği ve mükerremliğinden kaynaklanan dokunulmazlığı açısından konuyu değerlendirmişlerdir. Bu değerlendirme, insana ait olan nelerin atık olarak kabul edilip bulunduğu mekândan uygun şekilde uzaklaştırılması gerektiği, nelerin de insana ait olması yönü ile mükerremliğinden dolayı atık olarak kabul edilemeyeceği şeklinde fıkıh kaynaklarında necaset konusu içinde ele alınmıştır.⁵³

Abdullah en-Nemr & Osman Cumâ Damîriyye & Süleyman Müslim el-Harş), Dâru Taybe, Riyad, 1411, V, s. 108; İbn Atıyye insan da bulunan fiziksel özelliklerin hayvanlarda da olduğundan bahsederek bütün hayvanlara akıl ile malik olduğu için üstünlüğün ve keremliğin akıl nedeniyle olduğuna işaret etmektedir. Ebû Hayyân Muhammed b. Yûsuf b. Ali b. Yûsuf b. Hayyân, *el-Bahrü'l-muhît*, (thk. Âdil Ahmed Abdülmevcûd & Ali Muhammed Muavvid), Dârü'l-Kütübî'l-ilmîyye, Beyrut, 1993/1413, VI, s. 58-59; Kurtubî keremli kılmayı "onu biz şerefli ve faziletli kıldık" şeklinde açıklar. Bu keremlilik vasfı içine insanın yaratılışı ve yaratılışındaki güzelliği girer. İnsan şerefi kılındığı için diğer yaratılmışlardan farklı bir fiziksel yapı ile var edilmiştir. Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Ebi Bekr b. Ferh el-Kurtubî, *el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'an*, (thk. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türki vd.), Müessesetü'r-risale, Beyrut, 2006/1427, XIII, s. 125-126; Mâverdi insanın keremli yaratılması ile ilgili yedi yönüne işaret eder. Birincisi insanların nimetlendirilerek keremli kılınmasıdır. İkincisi akıl ve temyiz gücü verilmesiyle; üçüncüsü, insanlar için çıkarılan hayırlı ümmetin onların kılınmasıyla; dördüncüsü insanların elleri ile yemesi, içmesi ne karşılık diğerlerinin ağızları ile yemesi içmesiyle; beşincisi insanlara emir ve nehiy buyrulmasıyla; altıncısı insanlara konuşma ve yazma yeteneğinin verilmesiyle; yedincisi, insanlar dışında bütün yaratılmışların insanların emrine verilmesiyle insan keremli kılınmıştır. Ebû'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb el-Basrî el-Mâverdi, *Tefsîrü'l-Kur'an (en-Nüket ve'l-uyun)*, (racaahu es-Seyyid b. Abdülmaksud b. Abdürrahim), Dârü'l-Kütübî'l-ilmîyye, Beyrut, tsz., III, s. 257.

52 Ebû Abdillâh Fahrüddin Muhammed b. Ömer b.Hüseyn er-Râzî, *et-Tefsîrül-kebir=Mefâtihu'l-gayb*, Dârü'l-fıkr, yy., 1981, XXI, s. 13-14.

53 Ebû İshâk Cemâlüddin İbrâhîm b. Ali b. Yûsuf eş-Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, (thk. Muhammed ez-Zuhayli), Daru'l-kalem, Dimeşk, 1992/1412, I, s. 59-60; Şemsüddin Muhammed b. Ahmed el-Hatib eş-Şîrbîni, *Muğni'l-muhâtac ilâ marifeti me'âni elfâzi'l-Minhâc*, Dârü'l-Kütübî'l-ilmîyye, Beyrut, 2000/1421, I, s. 229-235; Kemâlüddin Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamîd İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, el-Matbaatü'l-Kübra'l-Emiriyye, Bulak, 1315, I, s. 137; Şemsüddin Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Arafe ed-Desûki, *Hâşiye 'aleş-Şerhi'l-kebir*, Dâru ihyâi'l-kütübî'l-Arabiyye, yy, tsz., I, s. 54-57.

b. 1. İslam'ın Atık Teorisi: Necaset

Necis taharetin zıttıdır.⁵⁴ Hanefî mezhebine göre necis, şer'an kendisi pis olan- dır. Bu nedenle bedenden, elbiseden ve mekândan onun izalesi gerekir.⁵⁵ Şer'an denilmesinin sebebi insan tabiatı ve örfünde pis olarak kabul edilen bazı şeylerin dini açıdan pis olmadığı ayrımını ortaya koymak içindir. Buna göre necaset dini açıdan kan, bevl ve içki gibi namaza engel olan bir pislik olarak tanımlanmıştır.⁵⁶

Şâfiî mezhebi açısından necaset, kendisi pis olan şeydir ve bu şey bulunduğu yeri pis kılar.⁵⁷ Şâfiî fakihî en-Nevevî (ö 676/1277) necis madde ile ilgili yapılan bu tanımlamanın yanına bedene ve akla zarar verme vasfını da ekler. Necis kabul edilecek madde tanımlaması dışında tutulan ise insan kökenli biyolojik maddeler ile birlikte insanın varlık aşamasına ait olanlardır.⁵⁸ Bu doğrultuda Şâfiî mezhebi, meniye insanın başlangıcı olan bugünkü tıp dil ile sperm olması yönü ile temiz kabul etmiştir.⁵⁹

Mâlikî fakihî el-Karâfî (ö. 684/1285) necis olanın, maddenin kendisi olduğu ve Şâri'in bu necis maddenin bedende, elbisede ve mekânda bulunmasına ve gıdalar ile diğer benzer şeylere karışmasına engel olmak için haram kıldığı görüşündedir.⁶⁰ Hanbelî mezhebine göre necis olan madde, bedene ve akla zarar verdiği için bizzat kendisinden dolayı yasak kılınandır.⁶¹ Bütün bu tanımlamalardan yola çıkılırsa, necis olanın, maddenin kendisi olduğu, bu maddenin dinen pis kabul edildiği için bedenimizi, elbisemizi ve bulunduğumuz mekânı pis kılmasını, yiyeceklerimize karışarak aklımıza ve sağlığımıza zarar vermesini önleyecek şekilde buldukları

54 Muhammed Emin b. Ömer b. Abdilaziz el-Hüseynî ed-Dımaşki İbn Âbidin, *Reddül-muhtâr 'alêd-Dürri'l-muhtâr*, (thk ve ta'lik Adil Ahmed Abdulmevcut & Ali Muhammed Muavviz), Dârü'l- âlemi'l-kütüb, Riyad, 2003/1423, I, s. 509; Salim Ögüt, "Tahâret", *DİA*, 2010, XXXIX, s. 382.

55 Zeynüddin b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısırî İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik şerhu Kenzi'd-dekâ'ik*, (thk. Zekeriyâ Umeyrât), Dârü'l-Kütübü'l-ilmîyye, Beyrut, 1997/1418, I, s. 382.

56 Ebül-Abbâs Hatibüddehşe Ahmed b. Muhammed b. Ali el-Feyyûmî el-Hamevî, *el-Misbâhu'l-münîr fi garîbiş-şerhi'l-kebir li'r-Râfi'i*, Dârü'l-maârif, Kahire, tsz., I, s. 594.

57 Ebü Zekeriyâ Yahyâ b. Şeref b. Müri en-Nevevî, *el-Mecmû' şerhu'l-Mühezzeb*, (thk. Muhammed Necib Mutîî), Mektebetü'l-irşad, Cidde, tsz., II, s. 65.

58 en-Nevevî, *el-Mecmû'*, II, s. 565.

59 Ebü Abdillâh Muhammed b. İdris b. Abbâs eş-Şâfiî, *el-Ümm*, Daru'l-Vefâ, Mansura, 2001/1422, II, s. 124-125; Ebü Abdillâh Şemsüddin Muhammed b. Ahmed b. Hamza er-Remli el-Ensârî, *Nihâyetü'l-muhtâc ilâ şerhi'l-Minhâc*, (thk. Şemseddin Muhammed b. Ebî'l-Abbas Ahmed b. Hamza vd.) (Şerh kısmında), Dârü'l Kütübü'l ilmîyye, Beyrut, 2003, I, s. 2432-244; eş-Şirâzi, *el-Mühezzeb*, I, s. 168.

60 Ebül Abbâs Şihâbüddin Ahmed b. İdris b. Abdirrahmân el-Karâfî, *ez-Zahîre*, (thk. Muhammed Buhubze), Dârü'l-garbi'l-İslâmî, Beyrut, 1994, I, s. 163.

61 Ebül-Hasen Alâüddin Ali b. Süleymân b. Ahmed el-Merdâvî, *el-İnsaf fi mar'ifeti'r-râcih mine'l-hilâf 'alâ mezhebi'l-İmâmi'l-mübeccel Ahmed b. Hanbel* (thk. Muhammed Hâmid el-Fikî) yy., 1955/1374, s. 26

yerlerden güvenli bir şekilde uzaklaştırılması gerektiği sonucunu çıkartılabiliriz. Dikkate değer bir sonuç olarak insana ait olanların ya necis ya da mükerrerrem olduğu için kullanılmasına cevaz verilmediğini ve insan kökenli biyolojik maddelerini ve aynı şekilde insan embriyosunu ve fetüsünü insanın mükerrerremliğinden kaynaklanan dokunulmazlığına dayanarak atık dili olarak kullanabileceğimiz necislik tanımlamasının dışında bırakıldığını görmekteyiz.

b. 2. İnsan Kökenli Biyolojik Maddeler ve Necaset

İnsan kökenli biyolojik maddeler ile ilgili fıkıh kitaplarında en çok ele alınan konular insandan ayrılması kolay olan saç, diş ve doğum ile birlikte insandan ayrılan göbek kordonu olduğunu görürüz. Bu maddeler ile ilgili olarak mezheplerde tercih edilen görüş, bu maddeler insan kökenli olduğu için insanın mükerrerremliği nedeniyle buldukları yeri necis kılmayacağıdır. Bu maddeleri gömmek onların mükerrerremliğini korumanın bir yoludur.⁶² en-Nevevî'ye göre eti yenilmeyen hayvanlardan ayrılan saçlar necistir. Ancak insanoğlu eti yenilmeyenler arasında zikredilse de mükerrerremliğinden dolayı insanoğlunun saçı istisna kılınmıştır. Bu bağlamda âdemoğlundan kesilmiş olan uzuvlar ve insanoğlunun plasentası bütün bunlar mezhebin görüşüne göre temizdir.⁶³ en-Nevevî'nin bu ifadesi insandan ayrılan cüzlerin değerlendirmesinde fakihlerin bakışının bir özetidir. Konu ile ilgili olarak örneğin el-Bahrü'r-Râik'de Hanefi fakihi İbn-Nüceym (ö. 970/1563) insanın dışının karıştığı buğdayın pişirilip pişirilmeyeceği ile ilgili sorulan soruya pişirilmeyeceği, içine diş karışmış bir buğdayın gömülmesi mi yoksa hayvanlara verilmesi mi gerektiği ile ilgili soruya da hayvanların onu yememesi gerektiği ve sonuç olarak gömülmesinin gerekliliği ile ilgili fetvaya yer vermiştir.⁶⁴ Nedeni ise insanın mükerrerremliğidir. Aynı şekilde insanın derisi keremliliğinden dolayı tabaklanmaz, tabaklanarak temizlense de onun kullanımı haramdır. Hanefi fakihi

62 Ebü Zekeriyâ Yahyâ b. Şeref b. Müri en-Nevevî, *Ravzatü't-tâlibin ve 'umdetü'l-müttakin*, el-Mektebü'l-İslâmî, yy., 1991/1412, Beyrut, I, s. 15; eş-Şirbini, *Muğni'l-muhtâc*, I, s. 235; er-Remli, *Nihâyetü'l-muhtâc*, I, s. 245; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, I, s. 401; en-Nevevî, *el-Mecmu'*, I, s. 286-287; eş-Şirâzi, *el-Mühezzeb*, I, s. 59-60; Ebü'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habib el-Basri el-Mâverdi, *el-Hâvî'l-kebir*, (thk. Ali Muhammed Muavviz & Adil Ahmed Abdülmevcud), Dârü'l-Kütübî'l-ilmîyye, Beyrut, I, s. 66; Ebü'l-Abbâs Takıyyüddin Ahmed b. Abdilhalim İbn Teymiyye, *el-Fetâva'l-kübrâ*, (thk. Muhammed Abdulkadir Atâ, & Mustafa Abdulkadir Atâ) Dârü'l-Kütübî'l-ilmîyye, Beyrut, 1987/1408, I, s. 272-273; Ebü'l-Ferec Şemsüddin Abdurrahmân b. Muhammed b. Ahmed ibn Kudâme el-Makdisî, *eş-Şerhu'l-kebir alâ metni'l-Mukni*, (*el-İnsaf ile birlikte*), (thk. Abdullah b. Abdulmuhsin et-Türki), Hecr lî't-tubaa ve'n-neşr, yy., 1996/1417, I, s. 183.

63 en-Nevevî, *Ravzatü't-tâlibin*, I, s. 15.

64 İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, VIII, s. 339.

İbn Âbidîn (ö. 1252/1836), insan kemiği un halinde öğütülse de mükerrerliğinin getirdiği dokunulmazlığından dolayı yenilemeyeceğini ifade etmiştir.⁶⁵

Fakihlerin insandan ayrılan maddeler ile ilgili kendi zamanlarında sorulan sorular doğrultusunda yaptıkları bu değerlendirmelerden yola çıkarsak; mükerrerliği, necisliğin zıttı olarak ele aldıklarını söyleyebiliriz. İnsan bedeni saygıdeğerdir. Bu nedenle necis değildir. Bir başka ifade ile insana ait bir cüzün niteliği değişecek şekilde işlem görse de öz olarak insana aidiyetini koruduğu için mükerrerliğini de korur.

Öncelikle “*Biz insanı keremli kıldık*” ayetini fakihler, insanoğlunun keremli kılınmasından dolayı ölümü ile necis olmayacağı şeklinde değerlendirmişlerdir. Bu konuda ayetin ifadesinin umuma delaletini kabul etmişler ve ayeti Müslüman olan ve olmayan bedenleri eşit kabul ederek insanın kendisinin mükerrer kılınacağı şeklinde yorumlamışlardır. Akan kanı olan diğer hayvanların aksine Müslüman veya kâfir olsun insanoğlunun meytesinin - âdemoğlunun meytesinin veya kâfirin meytesinin necis olduğuna dair farklı görüşler olması ile birlikte- necis olmadığı, bu değerlendirmelerde öne çıkmıştır. Bu nedenle insanın eti yenilmeyen canlılar sınıfında yer alması ile birlikte insanın mükerrerliği insan bedenine ait olduğu için fayda üretmede engel kabul edilmiştir.⁶⁶

İnsan bedenini insanın dini inancından bağımsız olarak mükerrer kabul eden fakihler Allah’u Teâlâ’nın “*müşrikler necistir*”⁶⁷ sözünü inanç açısından necislik anlamında yorumuşlardır. Yoksa burada kast edilen müşriklerin bedenlerinin necisliği değildir.⁶⁸ Hanbelî mezhebinde kâfirin bedeninin küfründen dolayı necis olacağı görüşü bulunsa da insanın ölüsünün mümin veya kâfir olsun âdemoğlu soyuna mensup olması yönü ile mükerrer olduğu görüşü hâkim görüş olarak kabul edilmiştir.⁶⁹ Mâlikî mezhebinde insanoğlunun ölüsünün necis olduğuna dair görüş olsa da sahih olan görüş onun necis olmadığıdır. Müslüman veya kâfir olsun, âdemoğlu olarak insan bedeni, dirisi ve ölüsü ile keremliliğinden dolayı temizdir.⁷⁰

65 İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr* I, s. 357.

66 Ebu Abdillâh Şemsüddin Muhammed b. Muhammed b. Abdirrahmân el-Hattâb er-Ruaynî, *Mevâhibü'l-Celîl li-şerhi Muhtasarı Halîl*, (thk. Muhammed b. Muhammed Ali b. Abdülvedud el-Mübareki eş-Şinkiti & eş-Şeyh Yedali b. el-Hac Ahmed el-Yakubi eş-Şinkiti), Dârür-Rıdvân, Nuakşot, tsz., I, s. 151-153.

67 Tevbe, 9/28.

68 İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, I, s. 231.

69 İbn Kudâme el-Makdisî, *eş-Şerhu'l-kebir*, II, s. 338-339.

70 el-Hattâb, *Mevâhibü'l-Celîl*, I/151; ed-Desûki, *Hâşiye 'aleş- Şerhi'l-kebir*, I/52; eş-Şirâzi, *el-Mühezzeb*, I, s. 170; Karâfi, *ez-Zahira* I, s. 181.

C. ETİK TARTIŞMALARIN MERKEZİNDE İSTEMLİ DÜŞÜKLER

İstemli düşüklerin araştırma ve nakil amaçlı kullanımında öncelikle kürtaj karşıtları, kürtaj konusunda teşvik oluşturacağı noktasında endişelerini dile getirmektedirler.⁷¹ Kürtaj kararını veren bir kadının fetüsün faydasına duygusuzlaşabileceği, abort edilen fetüslerden hücre bağışının kürtaj kararını vermekte tereddütte olan kadının kararını etkileyebileceği, dile getirilen endişelerdendir.⁷²

Fetal hücrelerin kullanılması ile ilgili en önemli aranan sorulardan birisi, bu hücrelerin kullanımı ile ilgili rızanın kime ait olacağıdır. Annenin rızasının alınması gerektiği görüşü karşısında etik açıdan itiraz; annenin koruyucu olması gerekirken onun alınmasına rıza göstermesi, koruyucu rolünü yerine getirmediği için vesayet yetkisini kaybedeceği şeklindedir.⁷³ Bir yönden bu durum, bir katilden öldürdüğü kişi için rızasını talep etmeye benzetilmektedir.⁷⁴ Bu bağlamda bir kadın, hem kürtaja karar vermesi hemde kürtaj sonucu elde edilen fetüsün fetal hücrelerinin kullanımına izin vermesi gibi çelişkili bir role sahip olacaktır.

İstemli düşüklerde fetal hücrelerin araştırma ve nakillerde kullanılmasının ortaya çıkartacağı kürtajın teşvik edildiğine dair endişeleri gidermede önerilen çözüm ise, fetal hücre bağışının kürtaj kararını etkilememesi için ikisinin arasının ayrılması, kadın kürtaj kararı verdikten sonra fetal bağışın söz konusu edilmesi- dir.⁷⁵ Aynı zamanda fetal dokuyu talep eden araştırmacıların veya aracı kuruluşların kürtaj yapanlar ile yakından çalışmasını,⁷⁶ annenin bağış için belli kişi ve kuruluşların ismini zikretmesinin yasaklanması gerekir.⁷⁷ Bu konuda en büyük korkulardan birisi kadının, arkadaşının veya aile bireylerinin birisinin fetal hücre naklinden faydalanabilmesi için baskı görmesi ile hamileliği sonlandırabileceği-

71 LM & L. & TA. "Ethics of Fetal Tissue Transplantation in Fetal Medicine", *Western Journal Medicine*, Sy. 59 (3), 1993, s. 402.

72 Bell, "Regulation Transfer and Use of Fetal Tissue", s. 283; Jose I Gonzalez, "The Legitimization of Fetal Tissue Transplantation Research Roe v.Wade", *Creighton Law Review*, Sy.34, s. 910; Carol A. Tauer, "Human Fetal Tissue: Scientific Uses and Ethical Concerns", *Journal of the Minnesota Academy of Science*, Sy. 55(3), 1990, s. 4; Carol A. Tauer, "Human Fetal Tissue: Scientific Uses and Ethical Concerns", *Journal of the Minnesota Academy of Science*, Sy.55 (3), 1990, s. 4

73 James Tunstead Burtchaell, "University Policy on Experimental Use of Aborted Fetal Tissue", *Ethics & Human Research*, Sy. 10(4), 1988, s. 8; Kathleen Nolan, "Genug ist Genug: a Fetus is not a Kidney", *Hasting Center Report*, December 1988, Sy.18 (6), s. 14.

74 John Keown, "The Polkinghorne Report on Fetal Research: Nice Recommendations, Shame about the Reasoning", *Journal of Medical Ethics*, Sy.19, 1993, s. 116.

75 Coutts, "Fetal Tissue Research", s. 5; Tauer, "Human Fetal Tissue", s. 7.

76 Tauer, "Human Fetal Tissue", s. 5.

77 LM, & L & TA, "Ethics of Fetal Tissue Transplantation", s. 404.

dir.⁷⁸ Diğer taraftan insan fetüs kadavrası, yetişkin kadavraları gibi aynı saygınlığa sahip olmalıdır. Bütün bilimsel araştırmalar için fetal hücre bağışları kadavra organları için kullanılan aynı etik kurallar ile yönetilmelidir.⁷⁹

Burada çok kolaylıkla söyleyebiliriz ki, fetal hücrelerin ahlaki olmayacak şekilde kullanımı ile ilgili olarak batının bilinçaltında Nazi tecrübesinin yattığıdır.⁸⁰ Fetal hücrelerin kullanımı -slippery slope- kaygan zemin olarak görülmektedir.⁸¹ Bu bağlamda bütün bu endişeleri göz önüne alan Dünya Sağlık Örgütü fetal dokunun bağışlanması ile ilgili önerilerinde dikkat edilmesi gereken etik ilkeleri belirlemiştir.⁸² Ülkemizde ise bu konu ile ilgili yasal bir düzenleme olmamakla birlikte, Türk Jinekoloji ve Obstetrik Derneğinin, üye olduğu FIGO -(International Federation of Gynecology and Obstetrics Societies)- etik komitesinin benimsediği ve oluşturduğu ilkelere tabidir. FIGO bu etik ilkeleri içeren 2006 yılında yayınladığı kitap içinde “tedavi edici klinik uygulamalar için embriyo ya da fetüs dokularının kullanımı” ile ilgili yönergesi de yer almaktadır. Bu yönergede gebeliği sonlandırma kararının, embriyo ve fetüs dokusunun araştırma ve tedavi edici klinik uygulamalarda kullanımı ile ilgili olası tartışmadan öne alınması, dokuların alıcısının doku bağışı sırasında belirlenmemesi, hücre ve dokuların kazanç temini için kullanılmaması gibi etik kurallara yer verildiği görülmektedir.⁸³

D. İSLAM HUKUKU VE CENİN

İslam hukukunun fetal hücrelerin kullanılmasına dair görüşünü ortaya koyabilmek için öncelikle İslam açısından fetüsün hukuki statüsünün belirlenmesi gerekmektedir. İslam'da şahsiyet, sağ doğmak şartı ile anne rahmine düştüğü andan itibaren başlar. Fakat İslam hukuku açısından cenin, haksız bir fiil sonucu ölü doğması halinde takdiren sağ doğmuş sayılır ve sağ doğması ile sahip olacağı haklar ve gerekse haksız fiil işleyenin ödeyeceği tazminat (gurre) kendi mirasçı-

78 Rachel Benson Gold & Dorothy Lehrman, “Fetal Research Under Fire: The Influence of Abortion Politics”, *Family Planning Perspectives*, Sy. 21(1), 1989, s. 11.

79 Sanders LM, & Giudice L & Raffin TA, “Ethics of Fetal Tissue Transplantation”, s. 404

80 Bell, “Regulatin Transfer and Use of Fetal”, s. 290-291.

81 Mary B. Mahowald, Jerry Silver, Rebort A. Ratcheson, “The Ethical Options in Transplanting Fetal Tissue”, *Hasting Center Report*, 1987, s. 14.

82 “WMA Statement On Fetal Tissue Transplantation”, <https://www.wma.net/policies-post/wma-statement-on-fetal-tissue-transplantation>, erişim tarihi:15.08.2017.

83 “Tedavi edici klinik uygulamalar için embriyo ya da fetus dokularının kullanımı için Yönergeler”, *Obstetrik ve Jinekolojide Etik Konular, Figo Komitesi Üreme ve Kadın Sağlığında Etik Görüşler Çalışması*, (çev. edit. İsmail Dölen), 1992, s. 43, www.tjod.org/wp-content/uploads/2012/12/etik_konular_fibo_komi_tesi.pdf, erişim tarihi:10/08/2017.

larına intikal eder.⁸⁴ “Gurre”⁸⁵ ceninin kasıtlı düşürülmesine karşılık mirasçılara verilmesi gereken mali tazminattır. Bu bağlamda İslam, anne karnında cenine yönelik haksız saldırıları suç tanımlaması içine sokarak onun yaşamını hukukun koruması altına almıştır. Bu nedenle fıkıh kitaplarında ceza hukuku kısmında annenin karnında gelişen bu varlığın hangi aşamasında cenin isminin verileceğinin ele alınması, onun yaşam hakkını belirleyebilmek içindir. Ayrıca bu isim tanımlaması, islamda doğum kontrolü metotlarından birisi olarak izin verilen “azil”in⁸⁶ diyâni sürecini belirleyebilmek içinde önemli olmuştur.

d. 1. İslam Hukuku Açısından Düşüklerin Toplumsal Fayda Amaçlı Kullanımı

Fukahanın anne karnında bir insan varlığının yaşamının tesbiti ile ilgili değerlendirmeleri, cenin kavramının içeriğini ve dolayısıyla yaşam hakkının başlangıcını belirlemiştir. Hanefî fakihlerine göre⁸⁷ anne karnında ilk oluşum aşamalarını tamamlayan varlık, insan şeklini almaya başlamasıyla birlikte iradi bir varlık haline dönüşür ki; bu da ruhun üflendiği anlamına gelir. Hadis kitaplarında genelde kader ve yaratılış kısmında yer verilen annenin karnında kırk gün nutfe, kırk gün alaka ve kırk gün mudga dönemin geçirildikten sonra ruhun üfürüldüğüne dair rivayete dayanarak⁸⁸ 120 günden sonra ruhun üfürülmesini annenin, karnında bir insan taşıdığıнын kesinleşmesinin delili olarak kabul etmişlerdir.⁸⁹ Bu tanımlama ile anne karnında gelişim aşamalarını geçiren bu varlık, 120 günü tamamlamadan veya başka bir ifade ile insan şekline dönüşmeye başlamadan düşürüldüğü takdirde cezai bir sorumluluk olmadığı şeklinde bir sonuca ulaşılmıştır. Fakat bazı Hanefî fakihlerine göre bu sonuç uhrevi sorumluluğu kaldıracağı anlamına gelmemektedir.⁹⁰ Osmanlının son dönemi Hanefî fakihlerinin önde gelenlerinden olan İbn Âbidîn 120 gün sonra ruhun üfürüldüğünü kabul etmenin onun özürsüz düşürülmesi anlamına gelmediğini belirtir. Çünkü bunun anlamı bir varlığın

84 İbrahim Kafı Dönmez, *Fıkıh ve Fıkıh Tarihi İncelemeleri*, TDV Yayın Matbaacılık, Ankara, 2015, s. 144; Hüseyin Tekin Gökmenoğlu, *İslamda Şahsiyet Hakları*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara, 2010, s. 49, 50; Mustafa Uzunpostalcı, “Cenin”, *DİA*, 1993, VII, s. 370

85 Muhsin Koçak, “Gurre”, *DİA*, 1996, XIV, s. 211.

86 Fahrettin Atar, “Azil”, *DİA*, 1991, IV, s. 327.

87 Alâüddin Ebû Bekr b. Mes’ûd b. Ahmed el-Kâsânî, *Bedâi’u’s-sanâi’ fi tertibiş-şerâ’i’*, (thk. Ali Muhammed Muavviz & Adil Ahmed Abdülmevcut), Dârü’l-Kütübî’l-ilmîyye, Beyrut 2003, X, s. 456; İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râ’ik*, IX, s. 102; İbn Âbidin, *Reddü’l-muhtâr*, X, s. 250.

88 Buhari, “Bedü’l-halk”, 6/3036; Müslim, “Kader”, I, s. 2643.

89 İbn Âbidin, *Reddü’l-muhtâr*, I, s. 501.

90 Ebü’l-Mehâsin Fahrüddin Hasen b. Mansûr b. Mahmûd el-Özkendî el-Ferganî, *el-Fetâval-Hâniyye*, Matbaatü’l-Kübrâ el-Emiriyye, Bulak, h. 1310, s. 410.

başlangıcı olan yumurtasını yok etmek demektir ki bu da günahtır.⁹¹ Sebilürreşad dergisinde Ömer Nasuhi Bilmen (ö.1971), o dönemde çeşitli nedenlere dayanarak çocuk düşürmenin artmasına işaret ederek, anne rahmine yerleşimden itibaren cenini düşürmenin caiz olmadığını ifade eder.⁹²

Şâfiî⁹³ (ö.204/820) cenini, mudga ve alaka döneminden sonra parmak, tırnak göz gibi insanoglunun yaratıldığına dair bir şeylerin belirginleşmeye başlaması olarak tanımlamıştır.⁹⁴ Bu görüşe karşılık Şâfiî fakihî Gazzâlî (ö.505/1111) *İhyâü 'ulûmi'd-dîn* adlı kitabının "azil" konusunu ele aldığı kısmında, nutfenin gelişim aşamasına başlayabilmek için anne rahminde karar kıldığı an, onu bozmanın cinayet olduğunu; mudga ve alakaya dönüştüğü zaman imha edilirse bu cinayetin büyük olacağını; ruh üfürülüp insan olarak şekillenme tamamlandığında ise bu cinayetin daha da büyük olacağını; cinayetin en büyüğünün ise ceninin canlı olarak anneden ayrıldıktan sonra öldürmek olduğunu belirtir.⁹⁵ Aynı şekilde Şâfiî fakihî Abdüsselâm (ö.660/1262) el-Fetâvâ adlı kitabında hamile kadının ilaç içerek çocuğu düşürüp düşüremeyeceği ile ilgili soruda, düşürülmesine cevaz vermemiştir.⁹⁶

Hanbeliler, annenin dışarı attığının cenin olarak tanımlayabilmek için insan şeklini almaya başlamasını temel almışlardır. Bu nedenle mudga ve alaka döneminde henüz insan varlığına ait bir oluşum söz konusu olmadığı için bu dönemde hamile bir kadının dışarıya attığı şey cenin olarak kabul edilmemekte ve mali tazminat öngörülmemektedir.⁹⁷ Buna karşılık Hanbelî fakihî İbn Recep (ö.795/1393) bazı fakihlerin ruh üfürülmeden önce kadının karnındaki düşürmesini azil gibi düşünerek ruhsat verdiğini fakat bunun zayıf bir görüş olduğunu belirtir. Azil, sperm ve yumurta birleşmeden yapılır. Çünkü henüz ortada çocuk yoktur. Cenin ile ise varlığı oluşum aşamasına geçmiş çocuk kast edilmektedir.⁹⁸ Hanbelî âlimi

91 İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, X, s. 255.

92 Ömer Nasuhi Bilmen, "Sakt ve Iskat Cenin", *Sebilürreşad*, 14 Şubat 1340, XXIII, s. 1342.

93 Ebû İbrâhîm İsmâil b. Yahyâ b. İsmâil el-Müzenî, *el-Muhtasar*, Dârü'l-Ma'rife, Beyrut, 1990/1410, VIII, s. 356.

94 er-Remlî, *Nihâyeti'l-muhtâc*, VII/381-382; eş-Şirâzî, *el-Mühezzeb*, V/108; eş-Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, V, s. 371.

95 Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed b. Ahmed el-Gazzâlî et-Tüsi, *İhyâü 'ulûmi'd-dîn*, Dâru İbn Hazm, Beyrut, 2005/1426, s. 491.

96 Ebû Muhammed İzzüddîn Abdülazîz b. Abdisselâm b. Eb'il-Kasım es-Sülemi ed-Dimaşkı, *Kitabü'l-Fetâvâ*, Darü'l-Ma'rife, Beyrut, 1986/1402, s. 154.

97 İbn Kudâme el-Makdisî, *eş-Şerhu'l-kebir*, XXV, s. 414; Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme Cemmâli Makdisî İbn Kudâme, *el-Muğni*, (thk. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türki & Abdülfettah Muhammed el-Hulv), Dârü'l-âlemi'l-kütüb, Riyad, 1997/1417, XII, s. 63; Mansûr b. Yunus b. Salâhiddin Buhûdî, *Keşşâfü'l-Kınâ' 'an metni'l-İknâ'*, Âlemü'l-kütüb, Beyrut, 1983/1403, VI, s. 23.

98 Ebül-Ferec Zeynüddin Abdurrahmân b. Ahmed b. Abdurrahmân Receb el-Bağdâdî ed-Dimaşkı, *Câmi'u'l-ülûm ve'l-Hikem*, (thk. Mahir Yasin el-Fahl), Dâru İbn Kesir, Dimeşk & Beyrut, 2008/1429, s. 134-135.

İbnü'l-Cevzî (ö.597/1201), kadının ruh üfürülmeden önce cenini düşürmesinin insan olma aşamasına geçişi tamamlama sürecinde olan bir varlığı yok etme anlamında büyük günah, ruh üfürüldükten sonra ise düşürmenin bir mümini katl gibi olduğunu belirtir.⁹⁹

Mâlikiler bu üç mezhepten farklı olarak nutfe dönemi olarak kabul edilen ilk kırk günden sonra başlayan alaka dönemi ile ceninin yaşamını başlatmışlardır.¹⁰⁰ Bu görüşe karşılık Mâliki fakihî ed-Desûki (ö.1230/1815) azil açısından konuyu ele alırken 40 günden öncede olsa rahimde oluşan meniye çıkartmayı kerih olarak gördüğünü ifade etmiştir.¹⁰¹

Fakihlerin bu değerlendirmelerindeki farklılığın, konunun hem kazâi hem de diyâni yönünün bulunmasından kaynaklandığını söyleyebiliriz. Konuya Ceza Hukuku açısından bakıldığında zaman “beraet-i zimmet asıldır” ilkesinden hareketle fakihlerin, düşenin cenin olduğunu belirlemede objekif ilkeler belirlemeye çalışmış oldukları görülmektedir.¹⁰² Buna karşılık fetva olarak çocuğun düşürülmesi ile ilgili bir cevaz talep edildiği zaman, insanın anne karnında aşama aşama oluştuğunu göz önüne alarak bu aşamaları fiilen sonlandırmada uhrevi sorumluluğa dikkat çekmişlerdir.

Şâfiî fakihî el-Heytemî (ö.974/1567) ruh üfürülmeden önce ceninin düşürülüp düşürülmeyeceğine dair farklı görüşlerin olmasıyla birlikte, meninin rahimde istikrar bulması ile yaratılışın başladığı konusunda ihtilaf olmadığını belirtir.¹⁰³ Kur'an'ı Kerime göre karargâh olarak tanımlanan annenin rahminde insanın ilk yaratılışı, nutfe halinde iken başlamaktadır. Konuya bu açıdan yaklaştığımızda, anne rahminde dölleme aşamasında itibaren gelişim sürecine giren varlığın herhangi bir nesne olmaktan çıktığı ve insanın çekirdeği olması itibari ile insan olma statüsünü kazandığını söyleyebiliriz. Bu konudaki ihtilaf, insan olma sürecine giren bu varlığın yaratılışın hangi aşamasından itibaren bu süreci tamamlayarak iradi bir varlık haline dönüşeceği ki; bu aşamadan itibaren insan yaşamını ko- rumayı içeren kişilik haklarından faydalanabilsin. Canlı olmak ile ruhun varlığı

99 Ebü'l-Ferec Cemâlüddin Abdurrahmân b. Ali b. Muhammed el-Bağdâdi İbnü'l-Cevzî, *Ahkâmü'n-nisa*, (thk. 'Amr Abd al-Mun'im Selim), Mektebetü İbn Teymiyye, Kahire, 1997/1417, s. 306.

100 Ebü'l-Velid Süleymân b. Halef b. Sâd et-Tüçibî el-Bâci, *el-Münteka*, Dar'ül-Kitabi'l- İslami, Kahire, h. 1332, VII, s. 80; Ebü'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kurtubi İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*, (thk. muhammed Subhî Hasan Hallâk) Mektebetü İbn Teymiyye, Kahire, IV, s. 335

101 ed-Desûki, *Hâşiye 'aleş- Şerhi'l-kebir*, II, s. 267.

102 Mahmûd Şeltût, *el-Fetâvâ*, Daru'ş-Şuruk, Kahire, 2003, s. 1424.

103 Ebü'l-Abbâs Şihâbüddin Ahmed b. Muhammed el-Heytemî es-Sâdi, *Tuhfeti'l-muhtâc bi-şerhi'l-Minhâc* (İbn Kâsım el-Abbâdi ve Abdülhamid eş-Şirvânî'nin haşiyeleriyle birlikte), Matbaatu Mustafa Muhammed, Kahire, VIII, s. 241.

arasında bağlantı kuran fakihler açısından meleğin cenine ruh üfleme ve kaderini yazmasını içeren hadis, ceninin insan olarak canlı olmasının zamanını belirlemede delil teşkil etmiştir. Fakat bu hadisin Abdullah b. Mes'ûd (ö.32/652-53), Enes b. Mâlik (ö.93/711-12), Huzeyfe b. Esîd'den toplam yirmi dokuz rivayetinin bulunması, bu rivayetlere dayanan yorumları da farklı kılmıştır.¹⁰⁴

Birinci görüşe göre ilk kırk gün içinde nutfe, alaka ve mudga aşamasını tamamlayarak ruhun üflenmesiyle cenin, insan olma sürecini tamamlamaktadır.¹⁰⁵ Abdullah b. Mes'ûd'dan gelen bir rivayette, anne karnında ilk kırk gün içinde toplanıp bir araya getirildiğimiz, bunun gibi alaka, bunun gibi mudga olduğumuz ve sonra melek gelerek yazgımızı belirlediği ve ruh üflendiği şeklindedir.¹⁰⁶ Zikri geçen hadiste yaratılışın tamamlanması için geçirilen safhalar arasında “مثل ذلك” şeklinde “bunun gibi” ifadesinin geçmesi, bu üç aşamanın kırk gün içinde tamamlandığının işareti olarak kabul edilmiştir. Ayrıca Huzeyfe b. Esîd tarîki ile gelen rivayetlerde ceninin kaderini belirlemek üzere, meleğin gelişinin kırk gecede¹⁰⁷ kırk veya kırk beşinci gecede¹⁰⁸ kırk ikinci gecede¹⁰⁹ şeklinde geçmesi, bu görüşe dayanak teşkil etmiştir. Bu görüşten hareket edildiği takdirde, ilk kırk günden sonra cenini düşürmenin bir canı düşürmek ile eş değer olduğu sonucu çıkmaktadır. Kırk günden önce ise ancak cenini düşürmeye mekruh ya da tahrimen mekruh hükmü verilebilir.¹¹⁰

İkinci görüşe göre ceninin insan olma aşaması nutfe, alaka ve mudga olarak ayrı ayrı kırk günlük dönemlere tekabül ettiği ve 120 günde insan olma aşamasını tamamladığıdır.¹¹¹ Abdullah b. Mes'ûd'dan gelen bir rivayette bu geçirilen dönemlerin arasında “ثم” edatının olmasından dolayı, İbn Mes'ûd tarîki ile rivayet edilen

104 Hüseyin Çetin, *Metin ve Sened Tenkidi Açısından Meleğin Cenine Ruh Üfleme ve Kaderin Yazması Hadisinin Değerlendirilmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı, İstanbul, 2008, s. 142

105 Çetin, *Meleğin Cenine Ruh Üfleme*, s. 31-34

106 Ebû Dâvûd Süleymân b. Dâvûd b. el-Cârûd et-Tayâlisî, el-*Müsned*, (thk. Muhammed Abdulmuhsin et-Türki), Hicr lî't-tibaa ve'n-neşr, Cize, tsz., III, s. 548; Ebû Bekr Abdürrezzâk b. Hemmâm b. Nâfi' es-San'ânî el-Himyerî, el-*Müsnannef*, el-Mektebü'l-İslâmî, 1983/1403, Beyrut, XI, s. 123; Buhari, *Bedü'l-Halk*, 6/3036.

107 Müslim, “Kader”, 4.

108 Müslim, “Kader”, 2/ 2644.

109 Müslim, “Kader”, 3/2645.

110 Hüseyin Çetin, *Meleğin Cenine Ruh Üfleme*, 31-34; <http://www.eskieserler.com/Eski/Eserler/Makale/2044/Kurtaj-Ve-Cenin-Yaratilisi-Safhalari.asp>, erişim tarihi: 06.11.2017; İbrâhim b. Muhammed Kâsım b. Muhammed Rahim, *Ahkâmü'l-ichâd fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, Medine, 2003/1423, s. 53; İsmail Bilgili, “İslam Hukukunda Ceninin Hakkı ve Onuru ile İlgili Hükümler”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S 24, 2014, s. 219-240, 226; Şeref Mahmut el-Kuzât, “Cenine Ruh Ne Zaman Verilir”, (trc. Ekrem Keleş), *Diyanet İlmi Dergi*, cilt. XXXVIII, Sy.2, 2002, s. 128.

111 Hüseyin Çetin, *Meleğin Cenine Ruh Üfleme*, s. 27-30.

hadislerde nutfe, alaka ve mudga dönemlerinin ayrı dönemler olduğu ve toplam 120 günde insan olma sürecini tamamlayan cenine ruhun üflendiği şeklinde bir sonuç çıkartılmıştır.¹¹² el-Askalânî (ö.852/1449), hadisin farklı tariklerini inceleyerek İbn Mes'ûd tariki ile gelen rivayetlere göre kırk gün olarak nutfe, alaka ve mudga aşamalarını 120 günde tamamlayan cenine, ruhun üflenmesi ile insan olma aşamasının tamamlanmış olduğu görüşünü ifade eder.¹¹³

Bu değerlendirmelerin doğrudan konu ile ilgili nassın bulunmamasının ve zamanlarında mevcut tıp bilgisinin yetersizliğinin etkili olmasına bağlayan fakihler açısından ise yaşam hakkı anne rahmine dölleme ile birlikte başlamaktadır.¹¹⁴ Kürtaj ile ilgili klasik fakihlerin görüşlerini inceleyen Zeydan dört aydan önce veya sonrada çocuğun düşürülmesinin caiz olmadığı görüşüne ulaşmıştır.¹¹⁵ Karaman, konuya temel alınan hadiste ruhun üfürülmesi ile ilgili farklı zaman dilimlerinin yer alması nedeni ile hadisten yola çıkarak ruhun üfürüldüğü anı tesbit etmenin ilmi olmayacağı görüşündedir.¹¹⁶ Karaman hukukun bütün nefisleri koruma altına aldığından hareketle, En'am 98'de "O sizi bir tek nefsten yarattı...", âyet-i kerimesini, nefsin öldürülmesini yasak kılan En'am 151. ve İsrâ 33. âyet-i kerimeyle birlikte okuyarak, yaratılmasından itibaren her nefsin yaşam hakkının korunduğu sonucunu çıkarmıştır.¹¹⁷

Ceninin yaşam hakkı ile ilgili fakihlerin bu görüşleri, düşüklerin ilmi araştırma amaçlı kullanılabilirliğine dair hükmün ortaya konulmasında temel oluşturduğu görülmüştür. Dünya İslâm Birliği Fıkıh Akademisi, kök hücre konusunu ele aldıkları 13-17 Aralık 2003 tarihindeki 17. devre toplantısında kök hücre kaynağı olarak kullanılamazlar arasında yasal tıbbi bir neden olmaksızın kürtaj edilen fetüslara yer vermiştir. Buna karşılık şer'i gerekçeler doğrultusunda alınan bir fetüsün ailesinin rızası ile kök hücre kaynağı olarak kullanılabileceği sonucuna ulaşılmıştır. Şer'i gerekçenin belirlenebilmesi için 12. devre toplantısına işaret edilmiştir.¹¹⁸ "Fiziksel olarak deforma olmuş fetüslerin kürtajı" ile ilgili olan 10-

112 Buhari, "Bed'ül-halk", 6/3036.

113 Ebü'l-Fazl Şihâbüddin Ahmed b. Ali b. Muhammed İbn Hacer Askalânî, *Fethu'l-bârî bi-şerhi Sahihî'l-Buhârî*, (Abdulkadir Şeybe el-Hamd), 2001/1421, Riyad, XI, s. 493-494.

114 Orhan Çeker, "Çocuk Düşürme", *DİA*, 1993, s. 364-365, VIII, s. 364.

115 Abdulkerim Zeydan, *el-Mufassal fî ahkâmî'l-mer'e ve'l-beytü'l-müslim fi ş-şeriatî'l-İslâmiyye, Müessesetü'r-Risâle*, 1993/1413, Beyrut, III, s. 124.

116 "Cenine ruh ne zaman üflenir?" <http://www.hayrettinkaraman.net/sc/00450.htm>, erişim tarihi: 07.11.2017.

117 Hayrettin Karaman, *Laik Düzendeki Yaşamak*, İz yayıncılık, İstanbul, "Kürtaj" <http://www.Hayrettin.karaman.net/yazi/laikduzen/2/>, erişim tarihi:17.07.2017.

118 <http://en.themw.org/2012/05/23/resolutions-of-the-islamic-fiqh-council-17th-session-1424h>, erişim tarihi 08.08.2017.

17 Şubat 1990 yılında yaptığı 12. devre toplantısında, 120 günden sonra annenin yaşamı söz konusu olmadığı müddetçe kürtaj yapılamayacağı; 120 günden önce ise ceninin ciddi şekilde tedavi edilemeyecek bir hastalığı varsa ve bu hastalığı nedeni ile kendisi ve ailesine ızdırap verecekse, güvenilir tıbbi heyetin raporuna dayanılarak abort edilebileceği kararı yer almaktadır.¹¹⁹ Bu iki kararı bir araya getirirsek, 120 günden önce ciddi hastalığı nedeni ile cenin alınabileceğine göre anne ve babanın rızası ile tıbbi amaçlı kullanılabilirlik sadece bu fetüsler üzerinde gerçekleştirilebileceğini söyleyebiliriz. İslam İşbirliği Teşkilatına bağlı İslam Fıkıh Akademisi'nde 14-20 Mart 1990 tarihli altıncı devre toplantısında; kürtaj ile elde edilen ceninin fetal hücrelerinin başka bir insana nakline, istemsiz düşüklerde ve ser'i bir neden olarak belirlediği annenin hayatını kurtarmaya dayalı düşüklerde cevaz vermiştir. Bu ceninlerin kullanılabilirliğinin şartı olarak da yaşam belirtisinin bulunmamasını koymuş ve bunun tesbiti için de¹²⁰ 6-11 Şubat 1988 tarihinde dirinin ve ölünün uzuvlarından faydalanılması ile ilgili konunun ele alındığı 4. devre toplantısına işaret etmiştir.¹²¹

İslam fıkıh akademisinin resmi yayın organı olan Mecelletü'l-Mecmai'l-Fikhi'l-İslâmî'de konu ile ilgili değerlendirmelerine yer verilen Ömer Süleyman Aşkar, araştırma amacı kastı ile yapılacak bir kürtajın İslam açısından ibaha alanının olmadığını belirtir.¹²² Abdüsselam Davut el-İbâdî'ye göre kürtaj haram olduğu için, ilmi çalışmalar amacı ile ceninin düşürülmesi ve bu şekilde düşürülen ceninden istifade de sedd-i zerâi açısından haramdır.¹²³ Aynı yayın organında konu ile ilgili görüşlerine yer verilen Muhammed Naim Yasin ise, ruhun üfürülmeden önce âdemoğlunun yaşamının başlamadığı kabul edilirse, bu dönemdeki cenini düşürmenin bir yaşamı yok etmek ile aynı anlamı taşımayacağından,¹²⁴ insanlığa kesin fayda elde edebilecek bilimsel çalışmalar için ceninin anne babanın rızası ile alınabileceği üzerinde durur.¹²⁵ Görüşünü desteklemek için işaret ettiği kaynaklardan birisi İbn Kayyim el-Cevziyye (751/1350) aittir. İbn Kayyim el-Cevziyye'ye

119 <http://en.themwl.org/2012/05/19/resolutions-of-the-islamic-fiqh-council-12th-session-1410h>, erişim tarihi: 08. 08. 2017.

120 Karar Rakamı 56 [6/7] [1], 14-20 Mart 1990 <http://www.iifa-aifi.org/1800.html>, erişim tarihi:08.08.2017.

121 Karar Rakamı 26 [1/4] [1], 6-11 Şubat 1988, <http://www.iifa-aifi.org/1800.html>, erişim tarihi:08.08.2017.

122 Ömer Süleyman Aşkar, "el-İstifâdetü mine'l-ecinneti'l-müchezati evi'z -zâidati an'il-hâceti fi't-tecârübü'l-ilmiyyeti ve zirâati'l-a'zâi", *Mecelletü'l-Mecmai'l-fikhi'l-İslâmî*, 2010, VI, s. 1458.

123 Abdüsselâm Dâvud el-İbâdî, Hükmü'l-İstifâdeti mine'l-ecinneti'l-müchezati evi'z-zâidati ani'l-Hâceti", *Mecelletü'l-Mecmai'l-Fikhi'l-İslâmî*, 2010, VI, s. 1359.

124 Muhammed Naim Yasin, "Hakikatü'l cenin ve hükmü'l-intifâ'i bihi fi zirâati'l-a'zâi ve't-tecerübü'l-ilmiyye", *Mecelletü'l-Mecmai'l-Fikhi'l-İslâmî*, VI, s. 1436.

125 Yasin, "Hakikatü'l cenin ve hükmü'l-intifâ", s. 1440.

göre ceninin ruh üfürülmeden önceki yaşamı iradi bir yaşam olmayacağından, onun bu dönemdeki hareketi bitki gibi gıdalanma ve büyüme hareketine benzetilebilir.¹²⁶ Fakat konu sadece maslahat açısından değerlendirildiği takdirde, öncelikle ilmi araştırmaların ticarete konu olduğu bir dönemde, kesin maslahatı tesbit etmenin oldukça zor olduğu göz önünde tutulmalıdır. Ayrıca tıp alanında gelişmeler sonucunda ciddi kazançların elde edilmesi, bu payı kapmak isteyen kişi, kurum ve şirketlerin insana ait korunması gereken değerleri hesap etmeden insana ait her şeyi tüketim kültürüne dâhil ettiği de bir gerçektir. Konuya bu açıdan bakıldığı zaman dışardan müdahale edilmediği takdirde gelişim aşamalarını tamamlayacak olan bir varlığı, bu dönem içinde yaşam hakkı tanınmasa bile, zanna dayalı bilimsel fayda adına abort edilmesine cevaz verilmesi geçerli bir kıyas olmasa gerek.

Buna karşılık fakihlerin bütün bu değerlendirmelerinden yola çıkarak istemli bir düşüğün ilmi araştırmalarda kullanılmasına cevazın, şer'i nedenler ile sınırlı olduğunu, bu şer'i nedenin ise İslam İşbirliği Teşkilatına bağlı İslam Fıkıh Akademisine göre anne yaşamı söz konusu olmasına bağlı olduğunu söyleyebiliriz. Bu şer'i nedene dayalı olarak alınan bir fetüsün fetal hücrelerinin kullanımını ise ailenin rızası doğrultusunda gerçekleştirilebilir.

İslam hukukunun hüküm koyarken dayandığı fer'i delillerden birisi olarak kabul edilen "sedd-i zerâi" açısından konuyu ale alırsak;¹²⁷ toplumsal maslahatı elde etme adına yapılan ilmi araştırmalar meşru olduğu halde eğer bunun aracı olarak şer'i izin çerçevesi dışında gerçekleşen istemli düşükler kullanılıyorsa, dolaylı olarak kürtajın meşruluğunu ortaya koyacağı için, bu şekildeki istemli düşükleri üzerinde gerçekleştirilecek olan ilmi çalışmalar da aynı şekilde yasaktır, sonucu çıkartılabilir. Konuya ayrıca bu şekildeki bir fiilin hükmü açısından bakacak olursak; şer'i izin çerçevesi dışında gerçekleşen istemli düşükler araştırma amaçlı kullanılırsa, dolaylı olarak bu fiilin meşruiyetini ortaya koyabileceği için konu, meşru olan bir fiilin başka nedene dayalı olarak yasak kılınması anlamına gelen "haram ligayrihi" açısından ele alınarak bu şekildeki bir ilmi araştırma yasak kapsamı içinde değerlendirilebilir.¹²⁸ Fakihler bir fiil mefsemete götürmede kesin

126 Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ebi Bekr b. Eyyüb Züraî ed-Dimaşki el-Hanbelî, *et-Tibyân fi aksâmi'l-Kurân*, (thk.Abdullah b. Sâlim el-Batâtî), Dâru'l âlemi'l-fevâid, yy., tsz., s. 528.

127 Fahrettin Atar, *Fıkıh Usûlü*, M.Ü İlahiyat Fakültesi Vakfı yayınları, İstanbul, 2014,s. 139; Ebû İshâk İbrâhîm b. Mûsa b. Muhammed el-Lahmî eş-Şâtîbî, *el-Muvâfakat*, (thk. Bekir bin Abdullah Ebû Zeyd), Dâru İbn Affân, el-Huber, 1997, V, s. 182-183.

128 Atar, *Fıkıh Usûlü*, s. 172.

veya kuvvetli bir zanna dayanıyorsa, o fiili de mefsetden saymışlar ve yasaklamışlardır. Bu açıdan maslahat örtüsü altında canı helal kılacak amelleri, mefseti uzaklaştırmak için haram kılmışlardır.¹²⁹

d. 2. Düşükler ve Dini Uygulama

Yıkanması ve namazının kılınması şeklinde cenaze işlemlerini kişilik hakkının gereği olarak gören fakihler canlı doğduğu takdirde ceninin cenaze işlemlerini gerekli görmüşlerdir. Bu bağlamda Hanbelî fakihi İbn Kudâme (ö. 620/1223) düşüğü herhangi bir canlılık alameti göstererek öldüğü takdirde, yıkanıp namazının kılınacağı konusunda ihtilaf olmadığını belirtir.¹³⁰ Herhangi bir canlılık belirtisi göstermeden düşen bir ceninin ise cenaze namazının kılınabilirliği görüşünde olanlar açısından fetüsün insan olarak yaratılışının belirginleşmesi veya ruhunun üflenmesi gibi insan varlığına ve canlılığına ait alametleri aradıklarını görürüz.

Hanefî mezhebinde fetvaya esas olan görüş, düşüğün namazının kılınmayacağı fakat yıkanıp kefenlenip gömüleceğidir.¹³¹ Ebû Hanîfe'ye göre çocuk canlılık belirtisi ile birlikte doğarsa isimlendirilir, yıkanır, namazı kılınır, varis olur ve varis olunur. Eğer bu yoksa isimlendirilmez, namazı kılınmaz, varis olunmaz, varis olmaz. Ebû Yûsuf (ö. 182/798) ise bu gibi düşükler için isim verileceği ve kefenleneceği fakat namazının kılınmayacağı görüşündedir. eş-Şeybânî'ye (ö. 189/805) göre yaratılışı belirginleşirse düşükler yıkanır kefenlenir fakat namazı kılınmaz.¹³² Hanefî fakihi İbn Âbidîn, mezhepte tercih edilen görüşün yaratılışın bir kısmı belirginleşmiş çocuğun ahirette haşr olacağı için isminin verileceği ve yıkanacağı şeklinde olduğunu belirtir.¹³³ Buna karşılık Diyanet'in yayınladığı ilmihalde düşük sonucu ölü doğan çocukların sadece beze sarılarak gömüleceği görüşü benimsenmiştir.¹³⁴

Şâfiî mezhebinde düşük, ruh üfürülme zamanı olarak kabul edilen dört ayı tamamlamış ise onun ile ilgili iki görüş vardır. İmam Şâfiî'nin kadim görüşüne göre namazı kılınır, çünkü ona ruh üflenmiştir. Ruhun varlığı onun canlı olduğunun bir göstergesidir. Daha sahih görüşe göre, düşük için dünya hükümleri sabit ol-

129 Muhammed Mustafa Şelebi, *Tâ'lîlül-ahkâm: Arz ve tahlil li-tarikati't-talil ve tetavvuratiha fi usuri'l-ictihad ve't-taklid*, Matbaatü'l-Ezher, yy, 1943/1362, s. 382.

130 İbn Kudâme, *el-Mugni*, III, s. 458

131 Ebû Muhammed Bedrüddîn Mahmûd b. Ahmed b. Mûsâ b. Ahmed el-Aynî, *el-Binâye fi şerhi'l-Hidâye*, Dârü'l-fıkr, Beyrut, 1990/1411, III, s. 274.

132 el-Kâsânî, *Bedai'ü's-sanai'*, II, s. 312; Ebû Muhammed Cemâlüddîn Abdullah b. Yûsuf b. Muhammed ez-Zeylai, *Tebyinü'l-hakâ'ik fi şerhi Kenzid-dekâik*, Mektebe-i İmdâdiyye- Mültân-Pâkistân, tsz., I, 243.

133 İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, III, s. 131.

134 İlmihal I, (telif. Yunus Apaydın- Namaz-Oruç), Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 2010, I, 358

madığı için namazı kılınmaz. Fakat Şâfiî fakihî en-Nevevî düşüklere namazının kılınacağı yönünde görüşünü ifade etmiştir.¹³⁵

Hanbelî mezhebinde bununla ilgili görüşü, düşüğün insan olduğuna dair yaratılışı belirginleşmişse o zaman namazının kılınacağıdır. Namazının kılınması ile ilgili hükmün ruhun üfürülmesini kabul ettikleri dört aydan sonra geçerli olacağını söyleyen Hanbelî fakihleri de bulunmaktadır.¹³⁶ Hanbelî fakihî İbn Kudâme'da ruhun 120 günden sonra üfürülmesi hadisini delil göstererek, ceninin 120 günü tamamladıktan sonra düşmesi ile Müslüman bir ölü kabul edilerek yıkanır, namazının kılınması gerektiği görüşüne yer verir.¹³⁷ Mâlikî mezhebinde çocuk ancak sağ olarak doğarsa o zaman yaşamın varlığı gerçekleşmiş olmaktadır. Bu nedenle canlılık alameti göstermeyen düşüğün namazı kılınmaz ancak yıkanır ve bir beze sarılarak gömülür.¹³⁸

Ruh üfürülme olarak genel kabul gören 120 günden önce veya insan varlığına dair bir şey belirginleşmeden fetüs düşerse o zaman yıkanmaz, kefenlenmez. Mükerrerimliğinden dolayı bir beze sarılır ve gömülür. Hanefîler,¹³⁹ Mâlikîler¹⁴⁰, Şâfiîler¹⁴¹ ve Hanbelîler¹⁴² bu görüştedir.

SONUÇ

Tıbbî gelişmeler sonucu insan kökenli biyolojik maddelerin insanlığın faydası adına tıbbî tedavi aracı olarak kullanılmaya başlanması, insanlığın maslahatı açısından bakıldığında cevaz verilebilir bir konu olarak görülmektedir. Bununla birlikte konumuz itibarı ile fetüsün istemli düşüğe konu olduktan sonra deneyin nesnesi haline dönüştürülmesiyle kamu vicdanını rahatsız edecek sahnelerin tesbiti, bu bağlamda etik ilkelerin oluşturulmasını da gerekli kılmıştır. Etik ilkelerin oluşturulması, insanlığın onurunu koruma açısından önemli bir gelişme olması ile birlikte aslında buzdağının görünmeyen yüzünde kalan ve insanlığın yüzleşmek istemediği, fetüse yönelik algıyı yöneten iki temel durum, yerinde durmakta-

135 En-Nevevî, *el-Mecmu'*, V, 214.

136 el-Merdâvî, *el-İnsaf*, II, s. 504.

137 İbn Kudâme, *el-Kâfi [fi fikhî'l-İmâmi'l-mübeccel Ahmed b. Hanbel]*, (Abdullah b. Abdulmuhsin et-Türki), Hicr li't-tıbaa ve'n-neşr, Cize, 1997/1417, II, s. 22.

138 ed-Desûkî, *Hâşiye 'aleş-Şerhi'l-kebîr*, I, s. 427.

139 İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, III, s. 131.

140 ed-Desûkî, *Hâşiye 'aleş-Şerhi'l-kebîr*, I, s. 427.

141 En-Nevevî, *el-Mecmu'*, V, s. 214.

142 el-Merdâvî, *el-İnsaf*, II, s. 504.

dır. Birincisi istemli düşüklerin varlığı. İkincisi ise düşüklerin insan kimliğinden öte faydasız bir nesne gibi atık statüsü ile imhasının gerçekleştirilebileceğidir.

İslam hukukunun ise, meşruiyetini Kur'an ve sünnetten alan cenine yönelik temel bir duruşu bulunmaktadır. Bu temel duruşun birincisi ceninin yaşam hakkının ön kabulünden hareketle cenini, hukuki olarak korunması gereken bir kişi olarak kabul edilmesidir. Fakihlerin ceninin hangi gelişim aşamasından itibaren hukukten korunması gerektiği konusunda farklı görüşleri bulunsada, anne rahminde dölleme ile birlikte yaratılışın başladığı ve bu noktada cenini korumanın diyani bir sorumluluğun bulunduğu konusunda temel duruşlarının varlığını söyleyebiliriz. Bu bağlamda baktığımızda kişinin istencine dayalı bir düşüğü İslam meşru görmediği için, bu nedenle böyle bir düşük üzerinde gerçekleştirilecek bir araştırmanın da İslam hukuku açısından gayrimeşru olacaktır.

İkincisi olarak Kur'an'ın ve Peygamberin insan bedenine yönelik değer içerikli bir duruşunun fakihlerin insan bedenini değerlendirmedeki hükümlerine yansımalarıdır. Bu bağlamda insan bedenine yüklenen mükerrerlik vasfından hareket eden fakihler, insan bedeni söz konusu olduğu zaman insanın mükerrer kılınmasını üst bir norm kabul edip hemen ona yönelik dili değiştirmişler ve insanın bu değerini koruyucu bir çözüm üretmişlerdir. Necis olarak belirledikleri dışında insan kökenli maddeleri atık statüsü içinde kabul etmemiş ve onları kendi saygınlığı içinde gömülmesi gerektiği görüşünü ortaya koymuşlardır. Aynı şekilde düşüklerin de insan varlığına ait olmaları yönü ile aynı saygıdeğerlilik içinde muamele görmesi, dini törenin yapılıp yapılmaması ile ilgili tartışmaları bir kenara bırakırsak, bir beze sarılarak gömülmesi konusunda icmanın varlığını söyleyebiliriz.

Kök hücre tedavisi geliştikçe insan kökenli biyolojik maddelerin, embriyo ve fetal hücrelerin tedavi araçları içine daha çok dâhil olacağı görülmektedir. İnsan fetüsü tıbbi fayda adına kullanılması amaçlanıyorsa, öncelikle fetüse yönelik değer içerikli bütünsel bir bakışın geliştirilmesinin gerekliliği de önümüzde bir gerçek olarak durmaktadır. Öncelikle fetüsün yaşam hakkının korunması onun tıbbi maslahat adına kullanılmasından daha öncelikli bir değer olduğunun kabul edilmesi gerekir. İslam hukuku, bu açıdan anne rahminde döllemesinden itibaren ceninin yaşam hakkını tanıdığını ve koruduğunu söyleyebiliriz. İkincisi olarak da fetüse değer biçilirken, insanın bu dünyadaki yaratılmasındaki amaç ve yaratılırken diğer türler karşısında ona biçilen değer korunması gerekir. Bu açıdan konuya baktığımızda ise fakihlerin insan bedenine ve düşüğe yaklaşımda, bu bağı koruyarak insan bedenine ait olanların nesnelleşerek değersizleşmesini önlemeyi amaçladıkları görülmektedir.

HANEFÎ USÛL MUHTASARLARININ GELİŞİMİ: (I) USÛLÜ'L-PEZDEVÎ VE HANEFÎ USÛLÜNDEKİ YERİ

Doç. Dr. Mehmet BOYNUKALIN*

Özet: Hanefî usûl eserleri içinde muhtasar metinler ayrı bir öneme sahiptir. Usûl ilminin nesilden nesile eğitim yoluyla intikali büyük ölçüde bu metinler üzerinden sağlanmıştır. Dolayısıyla bu metinlerin çeşitli yönlerden incelenmesi önem arz etmektedir. Bu metinlerin ilki ve en önemlilerinden birisi, müellifi Fahrüislam el-Pezdevî'ye (482/1089) nisbet edilerek adlandırılan *Usûlü'l-Pezdevî*'dir. Hanefî usûl tarihinde önemli bir yere sahip olan *Usûlü'l-Pezdevî* üzerine ihtisar ve şerh tarzında pek çok çalışma yapılmış ve bu metin kendisinden sonra yazılan Hanefî usûl metinleri ve eserleri üzerinde önemli ölçüde müessir olmuştur. Biz bu makalede *Usûlü'l-Pezdevî*'nin usûl tarihindeki yeri, sistematiği ve ayırt edici bazı özelliklerini tespit ve tahlil edeceğiz. Ayrıca bu eseri bazı yönlerden Serahsî (483/1090) ve Ebu'l-Yûsr el-Pezdevî'nin (493/1100) çalışmalarıyla mukayese edeceğiz.

Anahtar Kelimeler: Hanefî usûlü, usûl muhtasarlari, Pezdevî, usûl tarihi.

تطور المختصرات الأصولية الحنفية: (١) أصول البزدوي ومكانته في أصول الأحناف
ملخص: إن المتون المختصرة من بين كتب الأصول عند الأحناف لها أهمية خاصة. فقد تحقق توارث علم الأصول من جيل إلى جيل في معظم الأحوال عن طريق تدريس هذه المتون. بناء على ذلك فإن تناول هذه المتون من نواحي مختلفة بالبحث والتدقيق له أهمية كبيرة. ومن أهم هذه المتون وأولها المتن المسمى بأصول البزدوي نسبة إلى مؤلفه فخر الإسلام البزدوي (١٠٨٩/٤٨٢). وقد تناول كثير من العلماء أصول البزدوي الذي له مكانة هامة في تاريخ أصول المذهب الحنفي بالاختصار والشرح، وصار لهذا المتن تأثير كبير على متون وكتب أصول الفقه الحنفي التي كتبت بعده. وقد قمنا في هذه المقالة ببيان وتحليل مكانة أصول البزدوي في تاريخ الأصول ومنهجيته وأهم سماته المميزة. كما قمنا بمقارنة أصول البزدوي بأصول السرخسي (١٠٩٠/٤٨٣) وكتاب أبي اليسر البزدوي (١١٠٠/٤٩٣) من بعض النواحي.

كلمات مفتاحية: أصول الأحناف، المختصرات الأصولية، البزدوي، تاريخ الأصول.

The Development of The Hanafi Methodology Compendiums: (I) Usûl al-Pazdawi and its Place in Hanafi Methodology

Abstract: Compendiums have a special place within the Hanafi law methodology. Transmission of Hanafi methodology has been provided largely through these texts, from generation to generation through education. Therefore, it is important to examine these texts from various directions. One of the most important of these texts is Usûl al-Pazdawi, which is named after the author Fakhr al-Islam al-Pazdawi (482/1089). Much work has been done on the Usûl al-Pazdawi -which has an important place in the history of Hanafi methodology- in the form of summary and commentary, and this text has had a significant influence on Hanafi methodology texts and works written afterwards. In this article we will observe the place of Usûl al-Pazdawi in the history of methodology, and analyze its systematical approach and some distinctive features of this work. We will also compare this work in some ways with the works of Sarakhsi (483/1090) and Ebu'l-Yusr al-Pazdawi (493/1100).

Keywords: Hanafi methodology, usûl compendiums, Pazdawi, history of methodology.

* İstanbul Şehir Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi, mehmetboynukalin@sehir.edu.tr

GİRİŞ

A. Müellifin Hayatı

Usûlü'l-Pezdevî'nin müellifinin tam adı Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Hüseyin b. Abdülkerim b. Musa b. İsa b. Mücahid, Ebu'l-Usr Fahrülislam el-Pezdevî'dir. 400/1010 civarında doğmuştur. Nesef'ten¹ altı fersah (yaklaşık otuz km.) uzaklıkta, Buhara yolu üzerinde bir kale-şehir olan Pezde'ye mensuptur.² Bir ilim ailesinden gelen³ Fahrülislam el-Pezdevî eserlerindeki üslubunun zorluğu sebebiyle Ebu'l-Usr, kardeşi Sadrülislam ise üslubunun kolaylığı sebebiyle Ebu'l-Yüsr künyesini almıştır.⁴ Hanefî fakih ve usûlcülerin büyüklerinden sayılan Fahrülislam el-Pezdevî Buhara ve Semerkand'ın ilim havzasında yetişerek Maverâünnehir'in meşhur âlimlerinden biri olmuştur. Babasından⁵ ve Şemsüleimme el-Halvânî (452/1060),⁶ Ebû Hafs Ömer b. Mansur el-Hanbî el-Buhârî

- 1 Günümüzde Karşı adıyla bilinen Nesef ve Buhara şehirleri Özbekistan sınırları içindedir; bk. Ramazan Şeşen, "Buhara", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*, 1992, VI, 363; Murteza Bedir, "Nesefi, Ebü'l-Berekât", *DİA*, 2006, XXXII, 567.
- 2 Ebû Sa'd Abdülkerim b. Muhammed el-Mervezi es-Sem'ânî (562/1166), *el-Ensâb*, nşr. Abdurrahman b. Yahya el-Muallimî el-Yemânî, Haydarabad 1382/1962, II, 201.
- 3 Pezdevî'nin büyük dedesi Abdülkerim b. Musa (390/1000) fakih, muhaddis ve kelâmcı olup İmam-ı Matürîdî'nin (333/944) öğrencilerindendir; bk. Muhyiddin Abdülkadir b. Muhammed el-Kureşî (775/1373), *el-Cevâhirü'l-mudiyye fi tabakâtü'l-Hanefiyye*, nşr. Abdülfettah Muhammed el-Hulvî, Kahire 1413/1993, II, 458. Babası da âlimlerden olmakla birlikte hakkında bilgi yoktur. Oğlu Kadî Hasan b. Ali de (557/1162) ulemadan olup Buhara kadılığı yapmıştır; bk. *a.g.e.*, II, 76.
- 4 Sadrülislam Ebu'l-Yüsr Muhammed b. Muhammed b. Hüseyin el-Pezdevî (421-493/1030-1100). Hanefî kelâmcı ve fakihdir. Babasından ve Şemsüleimme el-Halvânî'den ders almıştır. Maverâünnehir'de yetiştirdiği birçok fakih arasında Necmeddin en-Nesefî ve Alâeddin es-Semerkandî bulunur. Semerkand kadılığı yapmış ve Buharâda vefat etmiştir. Kelâm, fıkıh ve usûl alanında eserleri bulunmaktadır. *Mârifetü'l-hüceci's-şer'iyye* adlı fıkıh usûlü eserinin iki ayrı neşri bulunmaktadır (nşr. Abdülkadir b. Yasin el-Hatib, Beyrut 1420/2000; nşr. Marie Bernard-Eric Chaumont, Kahire 2003); bk. Necmeddin Ömer b. Muhammed en-Nesefî (537/1142), *el-Kand fi zikri ulemai Semerkand*, nşr. Yusuf el-Hadî, Tahran 1420/1999, s. 703-704; Şemseddin Muhammed b. Ahmed ed-Dimaşkî ez-Zehebî (748/1348), *Siyerü a'lâmi'n-nübela*, nşr. Şuayb el-Arnaut ve diğerleri, Beyrut 1405/1985, XIX, 49; Kureşî, *Cevâhir*, IV, 98-99; Kasım b. Kutluboğa (879/1474), *Tâcü't-terâcim*, nşr. Muhammed Hayr Ramazan Yusuf, Dimaşk-Beyrut 1413/1992, s. 275; Kınalızade Alaeddin Ali b. Emrullah el-Hamidî (979/1572), *Tabakâtü'l-Hanefiyye*, nşr. Muhyi Hilal es-Serhan, Bağdad 1426/2005, II, 101-102; Ali b. Sultan Muhammed el-Karî (1014/1605), *el-Esmari'l-ceniyye fi esmai'l-Hanefiyye*, nşr. Abdülmuhsin Abdullah Ahmed, Bağdad 1430/2009, II, 622, 723-724; Ebu'l-Hasenat Muhammed Abdülhay el-Leknevî (1304/1886), *el-Fevâidü'l-behiyye fi terâcimi'l-Hanefiyye*, Kahire: Darü'l-Kitabî'l-İslamî, tsz., s. 188; Muhammed Aruçî, "Pezdevî, Ebü'l-Yüsr", *DİA*, 2007, XXXIV, 266-267. Aşağıda bu eserin *Usûlü'l-Pezdevî* ile bir mukayesesi yapılacaktır.
- 5 Pezdevî'nin babası Muhammed b. Hüseyin'in hayatı hakkında kaynaklarda bilgi yoktur.
- 6 Şemsüleimme Abdülaziz b. Ahmed el-Halvânî. Meselede müctehid âlimlerden sayılan meşhur Hanefî fakihidir. Buharâda yaşamıştır. Öğrencileri arasında Pezdevî kardeşler ve Serahsî gibi birçok âlim bulunur. Fıkha dair birçok eserinden *Mebusû'u* ve kıyamet alametlerine dair bir eseri günümüze ulaşmıştır; Zehebî, *Siyerü a'lâm*, XVIII, 177-178; Kureşî, *Cevâhir*, II, 429-430; Kasım b. Kutluboğa, *Tâcü't-terâcim*, s. 189; Hayreddin ez-Ziriklî (1396/1976), *el-A'lâm: Kamusü terâcim li-eşheri'r-ricâl ve'n-nisa mine'l-Arab ve'l-müstâribin ve'l-müsteşrikin*, Beyrut 2002, IV, 13; Kamil Şahin, "Halvani", *DİA*, 1997, XV, 383.

el-Bezzaz (460/1068 sonrası)⁷ ve Ebu'l-Velid Hasan b. Muhammed el-Belhî ed-Derbendî (456/1064)⁸ gibi âlimlerden ders almıştır. Buhara ve Semerkand'da müderrislik ve kadılık yapmıştır. Öğrencileri arasında meşhur fakih ve usûlcü Alâeddin es-Semerkandî (539/1144),⁹ Ebu'l-Mealî Zahîrüddin Ziyad b. İlyas,¹⁰ Bilâd-ı Rum (Anadolu) kadısı diye meşhur olan Ebû Said Abdülmecid b. İsmail el-Kaysî el-Herevî (537/1143)¹¹ ve Semerkand hatibi Ebu'l-Mealî Muhammed b. Nasr el-Medînî (555/1160)¹² bulunur. Necmeddin en-Nesefî (537/1142) Pezdevî'yi Nesef'te bir defa gördüğünü, ama kendisinden hadis rivayet etmenin nasip olmadığını ifade etmiştir.¹³ Bununla birlikte Abdülaziz el-Buhârî (730/1329) *Usûlü'l-Pezdevî*'yi Nesefî tarikiyle müellifinden rivayet etmektedir.¹⁴ Nesefî'nin kendi ifadesine bakılırsa bu rivayetin okuma ve ders yoluyla değil, ama icazet yoluyla olması ihtimal dahilindedir. Semerkand'ın 80 km. güneyindeki Kiş'te (Kis, günümüzde Şehrîsebz) 5 Recep 482 (13 Eylül 1089) tarihinde vefat eden Fahrülislam el-Pezdevî'nin naaşı buradan taşınarak Semerkand'da defnedilmiştir.

Pezdevî'nin fıkıh, kelâm, usûl ve tefsir gibi alanlarda eserleri bulunmaktadır. Bu eserlerden fıkha dair *el-Mebsût*'unun eksik bir nüshası, *Şerhu'l-Câmiî's-sağîr*, *Şerhu'z-Ziyâdât* (veya *Şerhu Ziyâdâti'z-Ziyâdât*), *Zelletü'l-kârî* ve kelâma dair *el-Müyesser fi'l-kelâm* ve *Şerhu'l-Fıkhi'l-ekber* adlı eserlerinin yazmaları günümüze

-
- 7 Dedelerinden birisi Hanb lakabıyla meşhurdur. Zamanında Maveraünnehir'in hadis âlimiydi; bk. Sem'ânî, *Ensâb*, V, 207; Zehebî, *Tarihü'l-İslam ve vefeyatü'l-meşahir ve'l-a'lâm*, nşr. Beşşar Avvad Maruf, Beyrut 1424/2003, X, 158-159; İbn Nasrûddin (842/1438), Şemseddin Muhammed b. Abdullah ed-Dımaşkı, *Tavhîhü'l-Müstebeh*, nşr. Muhammed Nuaym el-Arak Susî, Beyrut 1993, I, 282.
- 8 Hadis hafızı ve sufidir. Hadis talebi için Maveraünnehir'den İskenderiye'ye uzanan yolculuklarda bulunmuş, Dımaşk ve Nisabur'da hadis rivayet etmiştir. Öğrencileri arasında Hatib-i Bağdadî bulunur. Semerkand'da vefat etmiştir; bk. İbn Asakir (571/1176), Ebu'l-Kasım Ali b. Hasan, *Tarihü Dımaşk*, nşr. Ömer b. Garame el-Amrî, Beyrut 1419/1998, XIII, 383-384; Zehebî, *Tarihü'l-İslam*, X, 69; a.mlf., *Tezkiretü'l-huffaz*, Beyrut 1419/1998, III, 232.
- 9 Alâeddin Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed es-Semerkandî. *Tuhfetü'l-fukaha* adlı fıkıh ve *Mizanü'l-usûl* adlı usûl eserinin müellifidir; bk. Kureşî, *Cevâhir*, III, 18, 64, 83; Leknevî, *Fevâid*, s. 158; Hacı Mehmet Günay, "Semerkandî, Alaeddin", *DİA*, 2009, XXXVI, 470-471.
- 10 *Hidâye* müellifi Merginanî'nin (593/1197) fıkıh ve hilaf dersi aldığı hocalarındandır. Fergana'nın meşhur âlimlerindendi. Vefat tarihi bilinmemektedir; bk. Kureşî, *Cevâhir*, II, 213-214.
- 11 Hanefî fakih ve usûlcüdür. Maveraünnehir bölgesinde birçok âlimden ders almıştır. Bağdat, Basra, Hemedan ve Anadolu'da ders vermiştir. Kayserî'de vefat etmiştir. Usûl, fûrû ve tarih alanında eserleri bulunmaktadır; bk. Kureşî, *Cevâhir*, II, 465; Leknevî, *Fevâid*, s. 112; Bağdatlı İsmail Paşa (1920), *Hedîyyetü'l-ârifin esmaü'l-müellifin ve asarü'l-musannifin*, İstanbul 1951-1955, I, 619; Zirikli, *A'lâm*, IV, 148; Ömer Rıza Kehale (1987), *Mucemü'l-müellifin terâcimü musannifi'l-kütübi'l-Arabiyye*, Beyrut 1414/1993, II, 308.
- 12 450 yılında doğmuştur. Pezdevî kardeşlerden ders almıştır; bk. Leknevî, *Fevâid*, s. 202.
- 13 Necmeddin en-Nesefî, *el-Kand*, s. 554.
- 14 Alaeddin Abdülaziz b. Ahmed el-Buhârî (730/1329), *Keşfü'l-esrâr şerhu Usûli'l-Pezdevî*, yy., tsz., Darü'l-Kitabî'l-İslamî, I, 4.

ulaşmıştır.¹⁵ 120 cilt olduğu söylenen *Keşfü'l-estâr* adlı tefsiri,¹⁶ *Sahîh-i Buhârî* üzerine yazdığı muhtasar *Şerh*,¹⁷ *Şerhu'l-Câmiü'l-kebîr*, *Ganâü'l-fukaha* ve *Sîretü'l-mezheb fi sıfeti'l-edeb* gibi eserleri ise günümüze ulaşmamıştır.

Özellikle incelemesi sadedinde olduğumuz *Usûl* (*Usûlü'l-fıkh*, *Usûlü'l-Pezdevî* veya *Kenzü'l-vusûl ila marifeti'l-usûl*) adlı eseri meşhur ve matbudur.¹⁸ Birçok bas-kısı bulunan bu eser Hanefî usûlünün temel kaynaklarından biridir. Kendisinden önceki Hanefî usûl düşüncesini başarıyla özetlediği, ve geliştirip sistematize ettiği için usûl tarihinde önemli bir yer edinmiş ve sonraki usûl eserlerinin vazgeçilmez bir kaynağı olmuştur. Birçok şerh ve ihtisar çalışmasına konu edilen ve hadislerinin tahriri yapılan bu eser kendisinden sonra yazılan medrese kitaplarının da temel dayanağını oluşturmuştur.¹⁹ Abdülaziz el-Buhârî (730/1329) Pezdevî'nin kısa ve öz olan bu eserinden başka usûle dair geniş bir eserinin bulunduğunu ve bu eseri hocası Muhammed b. İlyas el-Maymergî'nin mütalaa ettiğini ifade etmiş, ancak eserin adını vermemiştir.²⁰ Pezdevî'nin, Debûsî'nin (430/1039) *Takvîmü'l-edille* adlı eseri üzerine bir şerhi de bulunmaktadır. Bu eser günümüze ulaşmamıştır; ancak Abdülaziz el-Buhârî ve başka Hanefî usûlcüler birçok yerde bu esere atıfta bulunur.²¹ Aynı eseri özetleyen Pezdevî'nin *Muhtasarü Takvîmi'l-edille* adlı, günümüze ulaşmayan bir eseri daha bulunmaktadır. Abdülaziz el-Buhârî bu esere de atıfta bulunur.²²

-
- 15 Bu eserlerin yazmalarının yerleri için bk. Carl Brockelmann (1956), *Geschichte der arabischen Litteratur* (GAL), Leiden 1943-1949, I, 460; a.mlf., *Geschichte der arabischen Litteratur Supplementband* (GAL Suppl.), Leiden 1937-1942, I, 637-638; Pezdevî, *Usûlü'l-Pezdevî*, nşr. Sâid Bekdaş, Beyrut 2014/1436, naşirin girişi, s. 20-22; Murteza Bedir-Ferhat Koca, "Pezdevî, Ebü'l-Usr", *DİA*, 2007, XXXIV, 264-266.
- 16 Kâtip Çelebi Mustafa b. Abdullah (1067/1657), *Keşfü'z-zunûn an esami'l-kütübi ve'l-fünûn*, nşr. Mehmed Şerefeddin Yaltkaya-Kilisli Rifat Bilge, İstanbul 1360-1362/1941-1943, II, 1485; Leknevî, *Fevâid*, s. 124.
- 17 Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, I, 553.
- 18 Karaçi: Mir Muhammed Küttübhan, ts.; nşr. Sâid Bekdaş, Beyrut 2014/1436. Ayrıca muhtelif şerhleriyle birlikte çok kez basılmıştır. Aşağıda bu şerhlere ve baskılarına değinilecektir.
- 19 Muhammed Mazhar Beka, *Mucemü'l-usûliyyin (A'lâmu usûli'l-fikhi'l-İslami ve musannefatuhum)*, Mekke 1420, III, 270-275.
- 20 Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr* I, 18.
- 21 Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, I, 50, 52, 105, 115, 131; Sadeddin Me'sud b. Ömer et-Teftâzânî (792/1390), *et-Telviḥ ale't-Tavziḥ*, Kahire: Mektebetü Subeyh, ts., II, 207; Şemseddin Muhammed b. Muhammed İbn Emirhac el-Halebî (879/1474), *et-Takrir ve't-tahbir*, Beyrut 1403/1983, III, 267.
- 22 Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, I, 128, II, 395, III, 15; a.mlf., *Gayetü't-tahkik*, Leknev 1293, s. 73. Fahrülislam el-Pezdevî'nin hayatı ve eserleri için bk. Necmeddin en-Nesefî, *el-Kand fi zikri ulemai Semerkand*, s. 554-555; Sem'ânî, *Ensâb*, II, 201; Kemaleddin Abdürrezzak b. Ahmed eş-Şeybanî İbnü'l-Fuvatî (723/1323), *Mecmaü'l-âdâb fi mucemi'l-elkâb*, nşr. Muhammed el-Kazım, Tahran 1416, III, 86-87; Zehebî, *Tarihü'l-İslam*, X, 512-513; a.mlf., *Siyerü a'lâmi'n-nübelâ*, XVIII, 602-603; Salahaddin Halil b. Aybek es-Safedî (764/1363), *el-Vâfi bi'l-vefeyat*, nşr. Ahmed el-Arnaut - Türki Mustafa, Beyrut 1420/2000, XXI, 283-284; Kureşî, *el-Cevâhirü'l-mudîyye*, II, 594-595; Velîyyüddin Abdurrahman b. Muhammed İbn Haldun el-İşbili (808/1406), *Divanü'l-mübtedei ve'l-haber fi tarihi'l-Arabi ve'l-Berber*, nşr. Halil Şehade, Beyrut 1408/1988,

İbn Kemal Paşa'nın (940/1534) fakihlerin tabakaları üzerine meşhur yedili taksiminde Pezdevî mezhep imamından nakil olmayan meselelerde müctehidlerden sayılmıştır.²³ Pezdevî'nin kendi ifadelerinden de usûl ve fıkıh meseleleri üzerinde söz söyleme ve icihad etme yetkisini kendisinde gördüğü anlaşılmaktadır; zira taklidi kötüleyerek “Kim delilsiz amel etmeye başlarsa batıl olan taklide düşmek zorunda kalır” demektedir.²⁴ Öte yandan bir usûl meselesinde görüşünü değiştirdiğini ifade ederek meseleler üzerinde tefekkür ettiğini ve gerekli gördüğü takdirde görüşünü değiştirmekten çekinmediğini ortaya koymaktadır.²⁵

Pezdevî'den Sem'ânî (562/1166) ve Kureşî (775/1373) “sahibü't-tarîka ala mezhebi Ebî Hanîfe”, Zehebî (748/1348) “sahibü't-tarîka fî'l-mezheb”, Safedî (764/1363) “sahibü't-tarîka ale'l-mezheb” gibi ifadelerle söz etmektedir.²⁶ Bu ifadeyle Pezdevî'nin Hanefî mezhebinin mesailini açıklama ve savunma konusunda belirli bir yöntem ortaya koyduğu belirtilmektedir. Esasen *Usûl*'üne, özellikle de illetin tespitiyle ilgili yöntemler bahsine bakıldığında onun bu konudaki yetkinliği açıkça görülmektedir. İbn Haldun da (808/1406) aynı gerçeği ifade etmiştir. Fıkıh usûlünün gelişimi hakkında önemli değerlendirmelerde bulunduğu sözlerinde İbn Haldun, Pezdevî'nin Hanefî/Fukaha yöntemi üzerine en güzel yazan âlimlerden biri olduğunu ve usûl konularını kuşatıcı bir şekilde ele aldığını, ayrıca onun “cedel” ilminde bilinen ve izlenen bir yönetime sahip olduğunu belirtmektedir.²⁷

B. Pezdevî'nin Yaşadığı Dönem

Hicri 400-482, miladi 1010-1089 yılları arasında yaşayan Pezdevî Karahanlılar ve Selçuklular'ın hâkimiyetine şahit olmuştur. Karahanlı hükümdarı İlighan Nasr b. Ali 389/999 tarihinde Buhara'yı ele geçirerek Samaniler'e son vermiş ve

I, 577, 579; Kasım b. Kutluboğa, *Tâcü't-terâcim*, s. 205-206; Kınalızade, *Tabakâtü'l-Hanefiyye*, II, 99-100; Ali el-Karî, *el-Esmarü'l-ceniyye*, II, 517-518; Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, I, 112, 467; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, s. 124; Bağdatlı İsmail Paşa (1920), *İzâhu'l-meknûn fî'z-zeyli ala Keşfü'z-zunûn*, İstanbul 1945, I, 34; a.m.f., *Hediyetü'l-ârifin*, I, 693; Abdullah Mustafa el-Meragî, *el-Fethü'l-mübin fî tabakâtü'l-usûliyyin*, nşr. Muhammed Ali Osman, Kahire 1366/1947, I, 263; Zirikli, *A'lâm*, IV, 328-329; Kehhale, *Mucemu'l-müellifin*, II, 501; Beka, *Mucem*, III, 268-270; Ebu't-Tayyib Mevlûd es-Serîrî es-Susî, *Mucemu'l-usûliyyin*, Beyrut 1423/2002, s. 363-364; Murteza Bedir-Ferhat Koca, “Pezdevî, Ebü'l-Usr”, *DİA*, 2007, XXXIV, 264-266.

23 İbn Abidin (1252/1836), Muhammed Emin b. Ömer, *Reddü'l-muhtar ale'd-Dürri'l-muhtar*, Beyrut 1412/1992, I, 77.

24 Fahrülislam el-Pezdevî, *Usûlü'l-Pezdevî* (Karaçi), s. 273.

25 Fahrülislam el-Pezdevî, *a.g.e.*, s. 325.

26 Sem'ânî, *Ensâb*, II, 201; Zehebî, *Siyerü a'lâm*, XVIII, 602; Salahaddin Halil b. Aybek es-Safedî (764/1363), *el-Vâfi bi'l-vefeyat*, nşr. Ahmed el-Arnaut – Türki Mustafa, Beyrut 1420/2000, XXI, 283; Kureşî, *Cevâhir*, II, 594.

27 İbn Haldun, *Divân*, I, 577.

Karahanlılar Maverâünnehir bölgesine hâkim olmuşlardır. Sultan Alparslan muhtemelen Karahanlılar'a son vermek amacıyla 200.000 kişilik bir orduyla hareket etmiş, ancak 465/1072 yılında suikasta uğrayınca bu sefer sonuçsuz kalmıştır. Sultan Melikşah 480/1087 yılında Maverâünnehir'e sefer düzenleyerek Buhara ve Semerkand'ı ve bölgedeki diğer kale ve şehirleri tamamen ele geçirmiş ve Karahanlı Sultanı Ahmed Han'ı esir alarak İsfahan'a götürmüştür. Ancak Selçuklular Maverâünnehir bölgesini kendilerine bağlı Karahanlı emirler vasıtasıyla yönetmeye devam etmişlerdir.²⁸ Dolayısıyla hayatının son iki yılı dışında Pezdevî Karahanlılar'ın hâkimiyeti altında yaşamıştır. Karahanlılar 840-1212 yılları arasında Maverâünnehir ve Doğu Türkistan bölgelerinde hüküm süren bir Türk-İslam hanedanıdır.²⁹ Bölgeyi yöneten devletler Türk kökenli olduğu gibi bu bölgenin halkı da çoğunlukla Türklerden oluşmaktaydı. Dolayısıyla Pezdevî'nin Türk asıllı olması kuvvetle muhtemeldir. Çevreye bakıldığında ise kimi zaman Karahanlılar arasındaki iç çekişmelere müdahale eden ve genelde onlarla iyi geçinen Gazneli Devleti bulunmaktadır. Öte taraftan İslam dünyasında genel bir dağınıklık ve parçalanma yaşanmaktadır. Abbasi hilafeti devam etmekle birlikte halifenin fiilî gücü pek kalmamış ve İslam dünyası her bir bölgede hâkim olan muhtelif devletler tarafından yönetilmektedir. Selçuklular bu dönemde doğuda en güçlü devlettir. Mısır ve çevresinde Şii Fatımi devleti hüküm sürerken Fas ve Endülüs civarında ise Murabıtlar yeni bir güç olarak ortaya çıkmıştır. Bu dağınıklık sonucu yüzyılın sonuna doğru 492/1099 yılında Haçlılar Kudüs'ü işgal etmişlerdir.

İlmî açıdan bakıldığında Pezdevî'nin yaşadığı V. yüzyıl İslami ilimlerin, özellikle de fıkıh ve usûlünün mezheplerin yerleşmesi vasıtasıyla istikrar kazanmaya başladığı bir dönemdir. Her bir mezhebin âlimleri bu dönemde mezheplerinin fıkıh ve usûl anlayışını yansıtan temel eserler vermişlerdir. Hanefîler'den Kudûrî (428/1037), Debûsî (430/1039), Saymerî (436/1045), Serahsî (483/1090), Mâlikîler'den Bakıllânî (403/1013), Kadı Abdülvehhab el-Mâlikî (422/1031), İbn Abdülber (463/1071), Bâcî (474/1081), Şâfiîler'den Mâverdi (450/1058), Beyhakî (458/1066), Hatîb-i Bağdâdî (463/1071), Ebû İshak eş-Şirazi (476/1083), Cüveynî (478/1085), Hanbelîler'den Kadı Ebû Ya'lâ (458/1066), Kadı Abdülvehhab el-Hanbelî (476/1083), Zâhirîler'den İbn Hazm (456/1064) ve Mutezile'den Kadı Abdülcebbar (415/1025), Ebu'l-Hüseyn el-Basrî (436/1044) gibi birçok fıkıh ve usûl âlimi önceki asırların birikimini yansıtan, özetleyen ve sistematize eden kıymetli eserler vermişlerdir. Pezdevî de bu âlimlerden birisi olup özellikle Hanefî usûlünde en etkili eserlerden birini telif etmeye muvaffak olmuştur.

28 Osman Gazi Özgüdenli, "Maverâünnehir", *DİA*, 2003, XXVIII, 179.

29 Abdülkerim Özeydin, "Karahanlılar", *DİA*, 2001, XXIV, 404-412.

C. Usûlü'l-Pezdevî'nin Yazma ve Baskıları

Usûl tarihindeki yeri ve önemine binaen bu eserin şerhleriyle birlikte olanları dışında pek çok yazma nüshası bulunmaktadır.³⁰ *Usûlü'l-Pezdevî* ilk olarak Abdülaziz el-Buhârî'nin *Keşfü'l-esrar* adlı şerhinin hamişinde basılmıştır.³¹ Bu baskıda birçok matbaa hatası ve eksikler bulunmaktadır.³² İlk müstakil neşri Karaçi'de Mir Muhammed Kütübhaneye, Merkez-i ilim ve adab adlı yayınevi tarafından yapılmış, tarihsiz, ancak eski bir Hint baskısıdır. *Usûlü'l-Pezdevî (Kenzü'l-vusûl ila ma'rifeti'l-usûl)* adıyla yapılan bu baskının hamişinde Kasım b. Kutluboğa'nın (879/1474) *Tahricü ehadisi Usûlü'l-Pezdevî'si* de matbudur (s. 1-363). Bu baskının sonunda ek olarak Ebu'l-Hasan el-Kerhî'nin (340/952) *Usûl'ü Necmeddin en-Nesefî'nin* (537/1142) zikrettiği örneklerle birlikte basılmıştır (s. 365-376). Ardından Muhammed Abdürreşid en-Numani'nin (1915-1999)³³ *Pezdevî'nin terceme-i haline dair bir araştırması* gelmektedir (s. 377-387). Sâid Bekdaş bu baskıda birçok hata ve kimi yerde beş satıra varan eksiklikler bulunduğunu ifade etmiş, ancak bunların nerelerde olduğunu göstermemiştir. *Keşfü'l-esrar*'la birlikte Muhammed el-Mutesim-billah el-Bağdadi tarafından yapılan neşrinde de (Beyrut 1997) birçok hata bulunmaktadır. Siğnakî'nin (714/1314) *el-Kâfi* ve Bâbertî'nin (786/1384) *et-Takrîr* adlı şerhlerinde mevcut olan baskısı da Karaçi neşrinden alınmıştır.³⁴

Usûlü'l-Pezdevî'nin ikinci müstakil neşri ise Sâid Bekdaş tarafından yapılmış ve bu baskının hamişinde de Kasım b. Kutluboğa'nın *Tahric*'i neşredilmiştir.³⁵ Naşirin girişinde iki eser, müellifleri ve neşirde esas alınan yazma nüshaları hakkında bilgi verilmiş ve kıymetli ilmî tespitlerde bulunulmuştur (s. 5-85). Bu neşirde *Pezdevî'nin Usûl'ü* tahkik edilmiştir (s. 89-794). Ancak en eskisi 651 (1253) tarihli on nüshaya dayandığını belirten ve bu nüshalar hakkında bilgi veren naşir, dipnotlarda sadece manaya etki eden önemli farklara yer verdiğini ifade etmiştir.³⁶ Dolayısıyla 700 sayfayı aşan ve on nüshanın karşılaştırıldığı bu eserin sadece 21 sayfasında nüsha farklarına değinilmiştir. Kanaatimizce tahkikte “manaya etki

30 Meselâ www.isam.org.tr (erişim: 21/10/2017) adresinde bulunan Türkiye Kütüphaneleri Veri Tabanı'nda yapılan basit aramada 77 yazma çıkmaktadır. Bir çalışmada ise *Usûlü'l-Pezdevî* için 108 nüsha zikredilmiştir; bk. *el-Fihristü's-şamil li't-türasi'l-Arabîyyi'l-İslamiyyi'l-mahtut: el-fıkhu ve usûluhu*, Amman: Müessesetü Âli'l-beyt, 1423/2002, VIII, 450-457.

31 I-IV, İstanbul 1308.

32 *Pezdevî, Usûl*, nşr. Sâid Bekdaş, naşirin girişi, s. 48.

33 Pakistanlı bir hadis âlimi olan bu zat hakkında bk. Mehmet Özşenel, “Numani, Muhammed Abdürreşid”, *DİA*, XXXIII, 241-242.

34 *Pezdevî, Usûl*, nşr. Sâid Bekdaş, a.y..

35 Beyrut-Medine: Darü'l-Beşairi'l-İslamiyye-Darü's-Sirac, Birinci Baskı, 1436/2014, 838 sayfa.

36 *a.g.e.*, s. 43-48.

eden farklar” kriteri yeterli değildir; zira kimi zaman manaya etkisi olmadığı düşünülen farkların öyle olmadığı görülmektedir; dolayısıyla bütün farkların gösterilmesi ilmi açıdan daha isabetli bir yöntemdir. Diğer bir husus muhakkikin bir kaç yerde hangi nüsha olduğunu belirtmeden “bazı nüshalarda” diyerek fark beyan etmesidir. Bu davranış ilmi titizliğe uymamaktadır. Diğer bir husus muhakkikin genel olarak tahkik çalışmalarında bilindiği üzere nüshalara a, b, c gibi semboller verilmesi yöntemine uymamasıdır. Muhakkik nüshaları istinsah tarihleriyle adlandırarak, Meselâ “nüshatü 692 h., 800 h., 815 h.” gibi ifadeler kullanmıştır.³⁷ Ayetlerin yerleri tespit edilmiş, ancak sure adı ve ayet numarası metin içinde parantez içine alınmadan verilmiştir. Hadis tahririnde Allâme Kâsım’ın eseriyle yetinilmiş ve kaynakların cilt, sayfa veya kitab ve bab numaraları verilmemiştir. Halbuki muasır tahkik ve tahrir çalışmalarında bu tür bilgiler gerekli görülmektedir. Eser makul ölçülerde paragraflara ayrılmış, gerekli görülen kimi yerlerde köşeli parantez içinde konu başlıkları konulmuş, eserin sonunda hadis ve âsar fihrisi verilmiştir. Kanaatimizce buna ilaveten ayetlerin, şahıs, kitap, mezhep ve yer isimlerinin fihris ve dizinleri de yapılmalıydı. Bu eleştirilerimize rağmen eser uzun bir bekleyişten sonra bu tahkik çalışmasıyla rahatça okunabilir bir hale gelmiş, güzel bir baskıya kavuşmuş, daha önemlisi önceki baskılarda var olan birçok hata ve eksiklik giderilmiştir. Temennimiz ilerideki neşirlerde diğer eksikliklerin de telafi edilmesidir. *Usûl’ül-Pezdevî*’nin şerhleriyle birlikte yapılan baskılarında da birçok hata ve eksiklik mevcuttur.³⁸ Dolayısıyla şimdilik elimizdeki en sahih neşir Sâid Bekdaş’ın çalışmasıdır.

I. USÛLÜ’L-PEZDEVÎ’NİN TAHLİLİ

A. Eserin Muhtasar Oluşu

Pezdevî kitabın konusunu açıklarken bunu “öz ve özet bir şekilde (ala şartî’l-icaz ve’l-ihţisar), nasları anlamlarıyla açıklamak ve usûlü fûrû ile tanıtırıp izah etmek” biçiminde ifade etmektedir.³⁹ Dolayısıyla eserin özet olduğunu söylemektedir. Pezdevî’nin ayrıca geniş bir usûl eseri olduğunu Abdülaziz el-Buhârî (730/1329) ifade etmekte ve bu eserden hocası Fahreddin Muhammed b. İlyas el-Maymergî’nin istifade ettiğini belirtmektedir.⁴⁰ Bu eser Pezdevî’nin Debûsî’nin

37 a.g.e., s. 143.

38 a.g.e., s. 48.

39 Pezdevî, *Usûl* (Karaçi), s. 5.

40 Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfü’l-esrâr*, I, 18.

(430/1039) *Takvîmü'l-edille*'si üzerine yazdığı şerh olabileceği gibi başka bir eser de olabilir. Hangi ihtimal doğru olursa olsun bu eser günümüze ulaşmamıştır. Pezdevî *Usûl*'ünü bu geniş çalışmasından özetlemiş olabilir; ancak kendisi bu hususta bir tasrihte bulunmamıştır. İster önceki geniş çalışmasından özetlenerek, ister müstakil biçimde telif edilmiş olsun, *Usûlü'l-Pezdevî* elimizde mevcut olan en eski Hanefî usûl muhtasarıdır. Kendisinden sonra yazılan Hanefî usûlü muhtasarlarıyla karşılaştırıldığında uzunca bir muhtasar olduğu görülmektedir. Zira Pezdevî *Usûl*'ünde mezhep imamlarının metotları ve usûlcülerin görüşleri arasındaki ihtilaflara değinir, bu görüşlerin tartışmasına girer, deliller ve argümanlar serdeder, birçok örnek mesele zikreder ve bir takım tercihlerde bulunur. Ancak bütün bunları yaparken yine özetleme gayretini bir kenara bırakmaz. Bu sebeple *Usûlü'l-Pezdevî* kimi âlimlerce bir muhtasar gibi görülüp şerhedilmiş, kimilerince nisbeten uzun bir eser olarak değerlendirilip ihtisar edilmiştir.

B. Eserin Adı ve Telif Sebebi

Pezdevî girişte eserinin adını bildirmemekte ve özel bir telif sebebi zikretmemektedir. Şarih Abdülaziz el-Buhârî ise esere *Usûlü'l-fıkh* adını vermektedir.⁴¹ Müellifi tarafından verilen belli bir adı olmadığından bu eser daha çok *Usûlü'l-Pezdevî* adıyla bilinmektedir. Daha geç dönemlerde ise eser *Kenzü'l-vusûl ila marifeti'l-usûl* adıyla anılmaya başlanmıştır.⁴² Eserin müellifi tarafından bir telif sebebi zikredilmemiş olsa da *Usûlü'l-Pezdevî*'nin Hanefî usûlüne dair bir muhtasar metin yazma amacıyla kaleme alındığı görülmektedir. Diğer mezheplerin de aynı dönemde kendi usûl muhtasarlarını ürettiği göz önünde bulundurulursa artık mezheplerin usûl düşüncelerinin belli bir olgunluğa kavuştuğu ve bu olgunluğun bir göstergesi olarak usûl düşüncelerini derli toplu, özlü ve özet metinlerle ortaya koyma ihtiyacını hissettikleri söylenebilir. Pezdevî Hanefî mezhebi açısından bu ihtiyaca cevap veren ilk âlim olmuş ve kendisinden önceki Hanefî usûl birikimini başarılı bir şekilde özetlemiş ve kendine has üslubu ve metoduyla yorumlamıştır.

Genel anlamda eserin telif sebebini anlamak için eserin girişindeki ifadeleri tahlil etmek gerekir. Pezdevî eserinin girişinde ilmi iki kısma ayırır: Tevhid ve sıfat ilmi ile şeriat ve ahkam ilmi. Birinci ilimde aslolanın Kitap ve sünnete uymak, heva ve bidatten uzak durmak, sahabe ve tabiinin izlediği sünnet ve cemaat

41 Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, I, 3.

42 Meselâ bk. Bağdatlı, *Hediyetü'l-ârifin*, I, 693.

yolundan ayrılmamak olduğunu, Ebû Hanîfe (150/767), Ebû Yusuf (182/798) ve Muhammed (189/805) ile onların ashabının çoğunun bu yol üzere olduklarını, Ebû Hanîfe'nin telif ettiği *el-Fıkhu'l-ekber*, *el-Âlim ve'l-müteallim* ve *er-Risale* gibi eserlerinde Ehl-i Sünnet'in esaslarına bağlı kaldığını, mezhebin üç imamının da Mutezile'nin görüşlerinden uzak olduğunu ifade etmiştir.⁴³ Pezdevî ikinci ilim dalının fürû ilmi ve "fıkıh" olduğunu, fıkıhın meşru kılınanı bilme, bu bilgiyi sağlamlaştırma (itkan) ve onunla amel etme şeklinde üç kısımdan oluştuğunu ifade eder. Bu bilgiyi sağlamlaştırma kısmını ise şöyle açıklar: Nasları anlamlarıyla bilmek ve fürûa hâkim olan usûlü tespit etmek. Pezdevî'ye göre bu üç kısma hâkim olan gerçek anlamda fakih olur; bir kısmını elde eden ise tam anlamıyla fakih sayılamaz.⁴⁴

Burada Pezdevî Hanefiler'i Mutezile ile ehl-i hadis arasında orta bir yere konumlandırarak onların orta yolu izleyen hak mezhebin taraftarları olduğunu savunmaktadır. Başka bir ifadeyle Hanefiler'in Mutezile gibi akıllarını vahyin önüne geçirmekten uzak olduklarını, ama aynı zamanda ehl-i hadis gibi vahyi anlamada akıllarını yeterince kullanmayan bir anlayışa da sahip olmadıklarını ortaya koymaktadır. Bilindiği üzere Hanefiler'in muhalifleri olan ehl-i hadisin bir kısmı onları Mutezile olmakla itham etmektedir. Pezdevî mezhep imamlarının böyle bir töhmetten uzak olduklarını onların eserlerine atıfta bulunarak reddetmektedir. Bu ifadeden zımnem şöyle bir anlam da çıkmaktadır: Mezhebin kurucu imamları olan eimme-i selase Mutezile'den uzaktır; ancak onlardan sonraki dönemlerde bazı Hanefî âlimlerin Mutezile'ye meylettği söylenebilir; bu hususta mezhebin temellerini vazedem imamlara bakılmalı, diğer âlimlere itibar edilmemelidir. Bu meyanda Ebû Süleyman el-Cuzcanî'nin (200/816 civarı) şu sözü hatırlanabilir: "Ebû Hanîfe, Ebû Yusuf, Züfer (158/775), Muhammed ve onların arkadaşları halku'l-Kur'an meselesinde konuşmamışlardır. Bu mesele hakkında Bişr el-Merisi⁴⁵ ve İbn Ebî Duâd⁴⁶ konuşmuş ve Ebû Hanîfe'nin ashabının kötülenmesine yol açmışlardır".⁴⁷

43 *Usûl* (Karaçi), s. 3-4.

44 *Usûl* (Karaçi), s. 4.

45 Bişr b. Gıyas el-Merisi el-Bağdadi (218/833). Ebû Yusuf'un talebeliğini yaptı. Bu sebeple Hanefî fıkıh eserlerinde bazı fıkhi görüşleri nakledilir. Kelâma dair Cehmîyye, Mürcie ve Mutezile mezheplerine ait görüşleri benimseyip savunması sebebiyle eleştirilmiştir; bk. Zehebî, *Siyerü a'lâm*, X, 199-202; Safedî, *Vâfi*, X, 94; Kureşî, *Cevâhir*, I, 447-450.

46 Ahmed b. Ebî Duâd el-Bağdadi (240/854). Mutezile'nin ileri gelenlerindedir. Fıkıhta Hanefiydi. Abbasi halifelerden Mu'tesim ve Vasık dönemlerinde kadî'l-kudat olmuş ve meşhur halku'l-Kur'an fitnesinde Ahmed b. Hanbel gibi birçok âlimi hapse attırıp işkence görmelerinin müsebbibi olmuştur; bk. Hatib, *Târihu Bağdad*, V, 233; Zehebî, *Târihu'l-İslam*, V, 758-761; İbn Hacer el-Askalânî, *Lisanü'l-Mizan*, nşr. Abdülfettah Ebû Gudde, Beyrut 2002, I, 458-459.

47 el-Hatib el-Bağdadi (463/1071), Ebû Bekir Ahmed b. Ali, *Tarihu Bağdad*, nşr. Beşşar Avvad Maruf, Beyrut 1422/2002, XIII, 383.

Öte yandan Pezdevî fıkıh alanında Hanefîler'in öncü olduğunu, hadis ve re'y ile amel etmeyi cemederek her iki yönden üstün olduklarını, bu sebeple ehl-i re'y adıyla anıldıklarını, sünnetin Kitab'ı neshetmesini kabul etme ve mürsel hadisle amel etme gibi meselelerde hadise verdikleri değer görüleceğini, anlam üzerinde durmamanın insanı zahiriliğe götüreceğini ifade etmektedir.⁴⁸ Burada ehl-i re'yi temsil eden Hanefîler'in en önemli rakibi ve ehl-i hadisin temsilcisi Şafiîler'e gönderme bulunmaktadır; zira İmam Şafiî (204/820) Kitab'ın sünnetle neshini ve mürsel hadisi kabul etmemektedir. Bu iki önemli mesele vasıtasıyla Hanefîler'in aslında hadisle amel etme konusunda Şafiî gibi ehl-i hadis mensuplarından daha ileride olduğu belirtilmektedir.⁴⁹

C. Pezdevî'nin Terminolojisinde “Usûl” ve “Usûlü'l-fıkh” Kavramları

Pezdevî eserinin girişinde tevhid ilmini “ilmü'l-usûl” adıyla anmaktadır. Usûl-i fıkhı dair bu kitabın girişinde tevhid ilminin bu adla anılması bu dönemde en azından Hanefî usûlcülerin dilinde “usûl” adının daha çok “usûlüddin” anlamında kullanıldığını düşündürmektedir. Bununla birlikte Pezdevî tarafından “usûl” kelimesi birçok farklı anlamda kullanılmaktadır. En başta usûlüddin anlamında, sonra kavaid-i fikihiye anlamında,⁵⁰ daha sonra icmalî/küllî delil anlamında (usûlüş-şer')⁵¹ kullanılan “usûl” kelimesinin eserin başında netliğe kavuşturulmaması Hanefî fakihler nezdinde “usûlü'l-fıkh” adının henüz net bir şekilde bu ilmin adı haline gelmediğini göstermektedir. Eserinin kimi yerinde ise “usûl” fıkıh usûlünün belli bir konuyla ilgili kabul edilen anlayış/kurallar anlamında kullanılmıştır. Meselâ nehyin fesadı gerektirmesiyle ilgili Hanefî yaklaşımı anlatıldıktan sonra “Bu usûl üzere (konuyla ilgili) bütün fûrû bina edilir” denilmektedir.⁵² Kıyasla ilgili “Fasl fi ta'lîlî'l-usûl” başlığında⁵³ ise “usûl” kelimesiyle naslar kastedilmektedir.

Kitabın konusu açıklanırken zikredilen ifadeler (nasları anlamlarıyla bilmek ve fûrûa hâkim olan usûlü tespit etmek) usûl-i fıkh ilmini sadece kısmen

48 *Usûl* (Karaçi), s. 4-5.

49 Rivayete göre, kardeşi Sadrüislam el-Pezdevî'nin ricası üzerine Fahrüislam el-Pezdevî, öğrencilik yıllarında Buharâda bulunan Ebu'l-Mealî el-Cüveynî ile bir münazara yapmış ve onu yenmiştir; ayrıldıktan sonra Cüveynî manaları (illetleri) anlama hususunda Hanefîler'in ileride olduklarını ama hadisleri pek bilmediklerini söylemiş, bunu duyan Fahrüislam'ın eserinin bu kısmında mezkûr iddiaya cevap verdiği ifade edilmiştir; bk. Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, I, 16.

50 *a.g.e.*, s. 4, 5, 329.

51 Meselâ bk. *a.g.e.*, s. 90.

52 *a.g.e.*, s. 53.

53 *a.g.e.*, s. 253.

tanıtmaktadır; zira “nasların manaları/anlamları” ifadesiyle daha çok illetler, dolayısıyla kıyas konusu kastedilmektedir. Usûlün fûrû ile tespit edilmesi de sadece Hanefîler’in yöntemine işaret etmektedir. Bu üslup müellifin mütekellimîn usûlünden nisbeten uzak olduğunu göstermektedir. Zira bu dönemde ve öncesinde kelâmcılar eserlerine “usûlü’l-fıkh” ter kibini açıklayarak başlamaktadır. Meselâ Ebu’l-Hüseyn el-Basrî’nin (436/1044) *Mutemed*’i ve Cüveynî’nin (478/1085) *Burhan*’ı gibi daha önce telif edilen mütekellimîn usûlü üzere yazılan eserlerde “usûlü’l-fıkh”ın tanımı yapılmıştır.⁵⁴ Ancak Cessas (370/981) ve Debûsî (430/1039) gibi Pezdevîden önceki Hanefî usûlcülerin bu konuda açık bir tanım ortaya koydukları görülmemektedir. Debûsî’nin hüccet, delil, burhan, ayet, illet gibi kavramları analiz ettiği ve daha çok hüccet terimini kullandığı, “edille-i şer’iyye” yerine “hüccet-i şer’iyye” ter kibini tercih ettiği, bununla birlikte açık bir tanım ortaya koymadığı görülmektedir.⁵⁵ Pezdevî’nin de hüccet ve medrek terimlerini kullandığı görülür. Nitekim Pezdevî’nin eserinin bir yerinde “dört hüccet”in Kitap, sünnet, icma ve kıyas olduğu ifade edilir.⁵⁶ Başka bir yerde Kitap, sünnet ve icmadan hüccet adıyla söz edilmiş⁵⁷ ve “medrek” kelimesi kıyas için kullanılmıştır.⁵⁸ Kanaatimizce Pezdevî’nin usûl-i fıkhı dair açık bir tanım yapmaması önemli bir eksikliklerdir. Zira belli bir ilim dalına ait muhtasar ve cami bir eserin başlangıcında o ilim dalının tanımının yapılması beklenir.

Pezdevî eserine şeriatın “usûl”ünün (usûlü’ş-şer’in) Kitap, sünnet ve icma olmak üzere üç şeyden ibaret olduğunu, dördüncü “asl”ın ise bu üç asıldan istinbat edilen mana (illet) üzerine kıyas yapmak olduğunu ifade ederek başlamıştır.⁵⁹ Eserine belli bir ad koyduğunu belirtmeyen Pezdevî’nin bu ilk cümlede kullandığı “usûlü’ş-şer” ter kibini bir bakıma kitabın adı olarak kabul edilebilir. Daha sonraları bu ilmin adı olarak yerleşen “usûlü’l-fıkh” ter kibini yerine “usûlü’ş-şer” ter kibinin kullanılması dikkat çekicidir. Bazı şarihler göre bu ifadeyle Kitap, sünnet, icma ve kıyasın sadece fıkhın değil, kelâmın da usûlü olduğuna işaret edilmektedir.⁶⁰

54 Ebu’l-Hüseyn Muhammed b. Ali el-Basrî (436/1044), *el-Mutemed*, nşr. Halil el-Meys, Beyrut 1403, I, 5; İmamü’l-Haremeyn Abdülmelik b. Abdullah el-Cüveynî (478/1085), *el-Burhan fi usûli’l-fıkh*, nşr. Abdülazim ed-Dib, Katar 1399, I, 85.

55 Ebû Zeyd Abdullah b. Muhammed ed-Debûsî, *Takvîmü’l-edille*, nşr. Halil Muhyiddin el-Meys, Beyrut 1421/2001, s. 9-19.

56 *Usûl* (Karaçi), s. 221.

57 *a.g.e.*, s. 304-305.

58 *a.g.e.*, s. 248, 249.

59 *a.g.e.*, s. 5.

60 Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfü’l-esrâr*, I, 19.

Başka bir yerde Pezdevî şeriatın “asl”ının Kitap ve sünnet olduğunu ifade eder.⁶¹ Bu ifade “usûl” içinde aslın/temelin Kitap ve sünnet olduğuna işaret etmektedir. Başka bir ifadeyle usûlün usûlü Kitap ve sünnettir.

Öte yandan Pezdevî'nin amel yönünü vurgulaması dikkat çekicidir; zira usûl eserlerinde teorik düşünce hâkimdir; Pezdevî bu şekilde teorinin pratiğe dönüşmesinin esas maksat olduğunu ifade etmektedir. Bir taraftan da burada Hanefî usûlünde fûrûa çok atıfta bulunulmasının isabetli bir yöntem olduğuna işaret edildiği düşünülebilir. Zira fûrû usûlün pratik sonucudur ve sadece teoride kalan bir usûlün “amelî” bir ilim olan fıkha pek faydası yoktur. Ayrıca burada Pezdevî'nin dinin ahlak ve tasavvuf boyutunu da fıkıh ilimleri içinde değerlendirdiği düşünülebilir; zira aynı vurguyu Debûsî'nin eserinde de görmekteyiz.⁶² Bu vurguyla ilim-amel dengesinin kurulması yönünde ilim talebesine bir hatırlatma yapıldığı, İslamî ilimlerin uhrevî boyutunun unutulmaması gerektiğine yönelik bir uyarıda bulunduğu söylenebilir.

D. Elfazın Taksimi

Eserde temel delillerin Kitap, sünnet, icma ve kıyas olduğu belirtildikten sonra Kitap'ın tanımı yapılır ve Kitap'ın nazm (lafız)⁶³ ve manadan oluştuğu belirtilir.⁶⁴ Ardından şeriat hükümlerinin bilinmesinin nazm ve mananın kısımlarının bilinmesine bağlı olduğu ifade edilerek dördü bir taksim yapılmış ve her bir kısmın kendi içinde dört kısım olduğu bildirilmiştir.⁶⁵ Şöyleki: 1.Nazmın sîga ve dil yönünden kısımları: Has, âm, müşterek, müevvel. 2.Nazmın açıklanma şekilleri: Zahir, nas, müfesser, muhkem. Bu kısımların karşısında da dört kısım vardır: Hafî, müşkil, mücmel, müteşabih. 3.Nazmın kullanılma şekilleri: Hakikat, mecaz, sarîh, kinaye. 4.Murad ve mananın bilinmesinin yolları/şekilleri: İbareyle istidlal, işaretle istidlal, delaletle istidlal, iktizayla istidlal.⁶⁶ Bu dört kısımdan sonra beşinci bir kısmın daha bulunduğu, bunun ise yukarıdaki kısımların yerlerini bilmek olduğu ve bu bilmenin Kitap ve sünnetin nazmının/lafzının, bu lafzın kısımlarının ve anlamlarının bilinmesini kapsadığı belirtilmiştir.⁶⁷

61 *Usûl* (Karaçi), s. 5.

62 Debûsî, *a.g.e.*, s. 9-11.

63 Nazm kelimesiyle kastedilen lafız olmakla birlikte Pezdevî Kur'an'a hürmeten nazm kelimesini kullanmayı tercih etmiştir; zira lafız kelimesinde bir şeyi ağızdan atma, nazm kelimesinde ise güzelce düzenleme anlamı bulunmaktadır; bk. Buhârî, *Keşf*, I, 23.

64 *Usûl* (Karaçi), s. 5.

65 *a.g.e.*, s. 5-6.

66 *a.g.e.*, s. 6.

67 a.y..

Eserin sistematığı açısından dört sayısının sanki ayrı bir önemi bulunmakta ve dörtlü taksim eğiliminin eserde pek çok örneği bulunmaktadır. Meselâ “hükümlerin bağlı oldukları şeyler” dört kısma ayrılmıştır: Sebep, illet, şart ve alamet.⁶⁸ “Sebep” dört kısma ayrılmıştır.⁶⁹ Cehl (cehalet) dört kısımdır.⁷⁰ Hezl (şaka) belli kısımlara ayrıldıktan sonra bu kısımlardan her birinin dört kısım olduğu belirtilmiştir.⁷¹ Dolayısıyla kitabın sistematığında dörtlü taksim yönteminin önemli bir yer tuttuğu söylenebilir. Ancak kitabın birçok yerinde farklı sayılar esas alınarak başka taksimlerin yapıldığı da bir gerçektir. Muhtemelen bu dörtlü sistematığın ilham kaynağı edille-i şer’iyyenin Kitap, sünnet, icma ve kıyas olmak üzere dört delilden ibaret olmasıdır. Dört delil anlayışı ilk dönemlerde tabii bir gelişim sonucu ortaya çıkmış olsa da bu anlayışı netleştiren İmam Muhammed ve İmam Şafii olmuştur.⁷² Ancak yukarıda elfazın taksiminde zikredilen dörtlü kısımları ve tanımlarını Pezdevî’den önce Debûsî aynen zikretmektedir.⁷³ Dolayısıyla Pezdevî’nin bu konuda en önemli kaynağının Debûsî olduğu söylenebilir.

Lafızların bu şekilde taksimine yönelik bazı eleştiriler bulunmaktadır.⁷⁴ Tefâtânî (792/1390) genel olarak Pezdevî’nin yaptığı taksimlerde tedahül bulunduğunu ve bunun mantık kurallarına uymadığını ifade etmiştir.⁷⁵ Bu konunun detayına girmek makalemizin boyutlarını aşacaktır. Bununla birlikte skolastik mantık kurallarına uymanın gerekliliği öteden beri tartışılan bir husustur. Ancak bazı taksimlerin tartışma konusu olabileceği düşünülebilir. Bu konuda dikkatimizi çeken bir örnek vermekle yetineceğiz. Meselâ “emir-nehî” konusu “hass”ın kapsamı içinde görülmüş ve bu başlık altında incelenmiştir. Kanaatimizce “emir-nehî” ayrı bir konu olarak ele alınmalıdır. Husus-umum ayrı bir bahis, emir-nehî ise ayrı bir bahistir ve aralarındaki ilişki açık değildir. Bu konuda Debûsî ve onu izleyen Serahsî’nin taksimi Pezdevî’den farklıdır.⁷⁶

68 a.g.e.,s. 309.

69 a.g.e.,s. 310.

70 a.g.e.,s. 338.

71 a.g.e.,s. 348.

72 Muhammed b. İdris eş-Şafii (204/820), *er-Risale*, nşr. Ahmed Şakir, Kahire 1358/1940, s. 34; Ebû Nuaym Ahmed b. Abdullah el-İsfahani (430/1038), *Hilyetü'l-evliya ve tabakâtü'l-esfiya*, Kahire 1394/1974, VI, 329; IX, 74.

73 Debûsî, *Takvîm*, s. 94, 116, 119, 130.

74 bk. Osman Güman, “Hanefî Fıkıh Usûlü Literatüründeki Lafızlar Taksiminde Mantıksal Tutarlılık Problemi: Pezdevî Örneği”, *Dîvân: Disiplinlerarası Çalışmalar Dergisi*, 2012, cilt: XVII, sayı: 33, s. 103-132.

75 Tefâtânî, *Telviḥ*, I, 11.

76 Debûsî, *Takvîm*, s. 34, 94; Şemsüleimme es-Serahsî (483/1090), Muhammed b. Ebû Sehl Ahmed, *Usûlü's-Serahsî*, nşr. Ebu'l-Vefa el-Efgani, Haydarabad 1372-1373, I, 11, 124.

E. Sistemantik

Eserin ihtiva ettiği konuların belli bir düzen içinde sıralanmasından anlaşılacağı üzere Pezdevî eserini belirli bir sistemantik içinde kurgulamıştır. Belli konular bir arada bir bütünlük içinde ele alınmıştır. Bir konudan diğerine geçerken iki konu arasında bağ kurulmaya dikkat edilmiş ve bu sıralamanın gerekçesi açıklanmaya çalışılmıştır. Ancak bu sistemantik içinde eksik kalan bazı yönler de bulunmaktadır. Şöyleki:

-Konular belli bir sistemantik içinde birbirini takip etse de bunu açıkça ifade eden ana bölümler yapılmamıştır. En baştan itibaren kitabın belli ana bölümlerden ve daha alt bölümlerden oluştuğu ifade edilmemiştir. Halbuki kuşatıcı bir şekilde bakıldığında *Usûlü'l-Pezdevî*'nin iki ana bölümden oluştuğu söylenebilir: Deliller ve hükümler. Birinci bölümde edille-i şer'îye olarak bilinen Kitap, sünnet, icma ve kıyas konuları, ikinci bölümde ise şer'î hüküm kavramıyla ilgili konular işlenmiştir.⁷⁷ Bununla birlikte bu bölümler açıkça ifade edilmemiştir. Ayrıca varsaydığımız bu iki ana bölümün konuları kimi yerlerde birbirine karışmıştır. Meselâ hüküm bölümüyle ilgili olan “sebeb” konusu detaylı biçimde kitabın sonuna doğru işlenirken⁷⁸ sünnet bahislerinden az önce “Babü beyâni esbâbi's-şerâi”⁷⁹ başlığı altında hüküm ve sebeb bahisleriyle ilgili bazı meselelere değinilmektedir. Kimi zaman aynı konunun farklı meseleleri dağınık bir şekilde işlenebilmektedir. Meselâ emir ve nehiy konuları etraflıca işlendikten sonra⁸⁰ birçok farklı konudan söz edilmiş ve uzunca bir aradan sonra “Babü hükmî'l-emri ve'n-nehyi fi ezdâdihima”⁸¹ başlığıyla emir ve nehiy konusuyla ilgili önemli bir meseleye değinilmiştir.

-Konu başlıkları: Bölümler genellikle “bab”, bazı yerlerde “fasıl”, kimi yerde “kısım” adıyla yapılmakta, “kitab” başlığı ise kullanılmamaktadır. Başka bir ifadeyle hiyerarşik bir taksimi ifade eden terimlere dikkat edilmemiştir. Meselâ kitabın ana bölümlerinden birisi olan sünnet bahsi “Babü beyâni aksâmi's-sünne”⁸² başlığıyla başlamakta, bu konunun alt başlıkları da yine “Babü'l-mütevatir” ve “Babü haberi'l-vahid”de⁸³ olduğu gibi “bab” başlığıyla ifade edilmektedir. Kitabın

77 Birinci bölüm için bk. Pezdevî, *Usûl*, nşr. Sâid Bekdaş, s. 89-670; ikinci bölüm için bk. s. 671-794.

78 Pezdevî, *Usûl* (Karaçi), s. 304, 309, 310-313.

79 a.g.e.,s. 145-149.

80 a.g.e.,s. 19-58.

81 a.g.e.,s. 143.

82 a.g.e.,s. 149.

83 a.g.e.,s. 150, 152.

sonuna doğru “avarızu’l-ehliyye” konusunun alt başlıkları olan konuların bir kısmını hiç bir başlık atılmadan, diğer bir kısmı ise “kısm” veya “fasıl” başlıklarıyla ele alınmaktadır.⁸⁴ Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Bab başlıklarında kimi zaman serbest bir üslup kullanılarak “Babü ma’rifeti ahkâmi’l-kısmi’llezî yelîhi” denilmiş, sonra burada zahir, nas, müfesser ve muhkemden söz edileceği ifade edilmiştir.⁸⁵ Kimi zaman verilmesi gereken başlıklar verilmemiştir. Bir konunun birden fazla kısmı olduğu halde bunlardan sadece bazıları için başlık atılmış, diğerleri başlık verilmeden anlatılmıştır. Meselâ hurûf-i meanî babında bazı harfler için “babü hattâ” ve “babü hurûfi’l-cer” gibi özel bablar açılmış,⁸⁶ diğerleri için bu şekilde hareket edilmemiştir.

-Hanefî usûlünün mütekellimîn usûlünde yer almayan bazı konulara yer verdiği bilinmektedir. Meselâ mütekellimîn metodu üzere yazılan metinlerde görülmeyen konulardan birisi şer’î hükümlerin Allah hakları, kul hakları, iki hakkın ictima edip Allah hakkının daha çok olduğu haklar ve iki hakkın ictima edip kul hakkının daha çok olduğu haklar şeklinde dört kısma ayrılması ve bu kısımların bazılarının kendi içinde detaylı şekilde kısımlara ayrılmasıdır.⁸⁷ Pezdevîden önce gelen Cessas (370/981) ve Debûsî gibi müelliflerin bu konuya değindiğini göremedik. Dolayısıyla bildiğimiz kadarıyla bu konuyu usûl eserlerinde ilk işleyen Pezdevî olduğu söylenebilir. Böyle bir genel bakışla şer’î hükümlerin tasnif edilmesi, şer’î hükümleri nazarî olarak genel kurallar (usûl ve kavaid) altında tasnif etmeye çalışan Hanefî fakihlerinin, özellikle de Pezdevî’nin takdire şayan ve gelişmiş teorik düşüncesinin ürünüdür. Bunun yanında Pezdevî mütekellimînin işlediği hüsün ve kubuh gibi konulara da yer vermiştir.⁸⁸ Mahkûm-aleyh olan insanın hükümlere muhatap olmasının şartlarının ele alındığı “ehliyet ve arızaları” konusu ise mütekellimînin eserlerinden daha geniş bir biçimde ele alınmıştır.⁸⁹ Genel olarak mütekellimînin yer verdiği dilin ortaya çıkışı, tevkifi olup olmadığı gibi fûrûa etkisi olmayan teorik konulardan ise uzak durulmuştur.

-Tanımlarda ve görüşlerin temellendirilmesinde bazı önemli eksiklikler bulunmaktadır. Meselâ Hanefî usûlünün en önemli delili olarak görülebilecek kıyasın açık bir tanımı yapılmamış, kıyas kelimesinin sözlük anlamıyla ilgili açıklama-

84 Meselâ “el-Kısmü’r-râbi’ ve hüve’s-sefeh”, “el-Faslû’s-sâdis ve hüve’l-hata” “ve Emme’l-faslû’l-âhir fehüve faslû’l-ikrâh” gibi başlıklar kullanılmaktadır; bk. *a.g.e.*, s. 351, 355, 357.

85 *a.g.e.*, s. 73.

86 *a.g.e.*, s. 105, 107.

87 *a.g.e.*, s. 305-307.

88 *a.g.e.*, s. 322-323.

89 *a.g.e.*, s. 323-363.

lar ve benzetmeler yoluyla usûlî kıyasın anlamı açıklanmaya çalışılmıştır.⁹⁰ Bu ve benzeri sebeplerle Teftâzânî Pezdevî'nin tanımlarında mantıkta bilinen kurallara uyulmadığını ifade etmiştir.⁹¹ Yine Teftâzânî Pezdevî'nin görüşleri temellendirilmedi mantık kurallarına uymadığını belirtmiştir.⁹² Buna cevaben Pezdevî'nin fukaha yöntemiyle telif ettiği eserinde mütakelliminin dikkat ettiği mantık kurallarına her yerde uymasının beklenemeyeceği söylenebilir. Esasen skolastik mantık kurallarına uymanın gerekliliği de tartışmaya açık bir konudur. Ancak yine de kıyas gibi Hanefîler'in diğer mezheplerden ileride olduğu temel bir terimin açık bir tanımının yapılmaması sistematik açıdan önemli bir eksiklik olarak durmaktadır.

F. Fûrûnun Usûlü Temellendirmedeki Rolü

Pezdevî'nin eserinin hemen her yerinde birçok fer'î mesele zikrettiği görülmektedir. Hanefî usûlünün mezhebin imamları tarafından vazedilen fûrûdan yola çıkılarak tesis edildiği bir bakıma doğrulanmaktadır. Hemen her usûl kuralı için birden fazla örnek zikredilip bunlar izah edilmektedir. Dikkati çeken bir husus da bu kuralların sadece Kitap ve sünnetin naslarına değil, Hanefî mezhebinin imamlarının sözlerine de uygulanmasıdır. Dolayısıyla vahiy metinleriyle beşeri metinlerin yorumunda aynı kurallar işletilmektedir.

G. Mezhep, Grup ve Şahıslar

Eserde mezhebin üç imamı Ebû Hanîfe, Ebû Yusuf ve Muhammed'in görüşleri sıkça zikredilir ve bunların usûl yönünden açıklaması yapılır. Züfer b. Hüzeyl ve Hasan b. Ziyad (204/819) gibi İmam Ebû Hanîfe'nin diğer öğrencilerinin görüşleri ise daha az zikredilir.⁹³ Birçok yerde el-meşâyih,⁹⁴ meşâyihuna⁹⁵ cemâatün min meşâyihina,⁹⁶ ba'zu meşâyihina,⁹⁷ âmmetü meşâyihina⁹⁸ gibi ifadelerle Hanefî âlimlerine isim vermeden atıfta bulunulmuştur. Yine birçok yerde "ashâbuna"⁹⁹

90 *a.g.e.*, s. 248.

91 Teftâzânî, *Telviḥ*, I, 11.

92 a.y.

93 Meselâ bk. Pezdevî, *Usûl* (Karaçi), s. 110.

94 *a.g.e.*, s. 25.

95 *a.g.e.*, s. 46, 96, 98, 204.

96 *a.g.e.*, s. 48.

97 *a.g.e.*, s. 22, 38, 41, 76, 82, 120, 173, 325.

98 *a.g.e.*, s. 22, 48, 59.

99 Meselâ bk. *a.g.e.*, s. 72, 93, 94, 96.

ve “ulemâuna”¹⁰⁰ diyerek Hanefî mezhebinin görüşü ifade edilmektedir. Hanefî usûlcülerinden İsa b. Eban (221/836),¹⁰¹ Ebû Said el-Berdaî (317/930),¹⁰² Ebu'l-Hasan el-Kerhî (340/952)¹⁰³ ve Cessa'sın (370/981)¹⁰⁴ usûle dair görüşleri nakledilmiş ve kimi zaman bu görüşler eleştirilmiştir. Meşhur Hanefî fakihlerinden Hassaf (261/875) ve Tahavî'nin de (321/933) adı birer yerde geçmektedir.¹⁰⁵

Eserde belli mezheplerin ve âlimlerin farklı görüşlerine değinilmiş ve bu görüşler eleştirilmiştir. Meselâ Mutezile'nin hilâfına değinilir ve görüşleri eleştirilir.¹⁰⁶ Pezdevî bazı yerlerde “fukaha”dan saydığı “vâkıfiyye” grubundan söz etmiştir.¹⁰⁷ Bu grubun özelliği belli meselelerde tevakkuf etmeleri, görüş beyan etmeden çekimser kalmalarıdır. Genellikle muhalif kaldığı görüşlerinin eleştirilmesi amacıyla birçok yerde İmam Malik b. Enes'e (179/795)¹⁰⁸ ve onun mezhebine mensup bazı âlimlere “ashâbü Malik b. Enes”¹⁰⁹ denilerek atıfta bulunulmuştur. Muhalifler içinde en çok zikredilen İmam Şafî'nin görüşleri birçok yerde tenkit edilirken, onun zahirci bir anlayışa sahip olduğu ve fıkhnın derinliklerine vakıf olamadığı yönünde eleştirel ifadeler yer verilir.¹¹⁰ Nisbeten ağır ifadelerle Şafî'nin yerilmesi bu dönemde Hanefî ve Şafîler arasındaki çekişmenin şiddetlenmesiyle izah edilmelidir. Zira Cüveynî (478/1085) ve Gazalî'nin (505/1111) İmam Ebû Hanîfe ve Hanefîler hakkında oldukça ağır ifadeleri bulunmaktadır.¹¹¹ Bu çekişmenin sebepleri üzerinde uzunca durmak mümkün olsa da bu konunun yeri burası değildir. Kimi yerde ise “ba'zu ashâbiş-Şafîi” denilerek Şafîi âlimlerin görüşü nakledilmektedir.¹¹²

Diğer ilim dallarına mensup bazı âlimlere de gerektiği ölçüde yer verilmiştir. Meselâ meşhur dilcilerden Sa'leb'in (291/904),¹¹³ nahivcilerden Kûfe ve Basra ekollerinin görüşlerine değinilmiştir.¹¹⁴ Kimi yerde genel olarak dilcilerin görüşle-

100 a.g.e.,s. 87, 97, 100.

101 a.g.e.,s. 152, 163, 171, 204.

102 a.g.e.,s. 234.

103 a.g.e.,s. 22, 48, 50, 63, 80, 181, 228, 234, 236, 244.

104 a.g.e.,s. 7, 22, 143, 144, 152, 181, 228.

105 a.g.e.,s. 123.

106 a.g.e.,s.7, 8, 10, 280.

107 a.g.e.,s. 21, 22.

108 a.g.e.,s. 92, 108, 159, 171.

109 a.g.e.,s. 171.

110 Meselâ bk. a.g.e.,s. 142.

111 bk. Ebu'l-Mealî Abdülmelik b. Abdullah el-Cüveynî, *Mugîsu'l-halk fi tercihi'l-kavli'l-hak*, baskı yeri ve tarihi yok, el-Matbaatü'l-Mısriyye, 1352/1934; Ebû Hamid Muhammed b. Muhammed el-Gazalî, *el-Menhûl min ta'likati'l-usûl*, nşr. Muhammed Hasan Heytu, Beyrut-Dimaşk, 1419/1998, s. 608.

112 Pezdevî, *Usûl* (Karaçi), s. 72, 90, 265, 272, 322.

113 a.g.e.,s. 188. Sa'leb lakablı bu dil âliminin adı Ebu'l-Abbas Ahmed b. Yahya eş-Şeybanî el-Bağdadî'dir. Kufe dilcilerinin önde gelenlerindendir; bk. Zehebî, *Siyerü a'lâmi'n-nübela*, XIV, 5-7; İsmail Durmuş, “Sa'leb”, *DİA*, 2009, XXXVI, 25-27.

114 Pezdevî, *Usûl* (Karaçi), s. 112, 114.

rine “ehlü'l-luga” ifadesiyle atıfta bulunulmuştur.¹¹⁵ Bir yerde bidat ehli olan fırkalardan Hattâbiyye'ye atıfta bulunulur.¹¹⁶ Kıyasın hücciyetini reddeden “ashâbü-zavâhir min ehli'l-hadis” ifadesiyle Zahiriler'e atıfta bulunulmuş ve bu mezhebin kurucusu Davud el-İsfahanî'nin (270/884) adından söz edilmiştir.¹¹⁷

H. Kaynaklar

Kitapta birçok yerde görüşlerin temellendirilmesi, açıklanması veya örnekendirilmesi amacıyla ayet, hadis ve sahabi kavli zikredilmiştir. Özellikle hadis ve sahabi kavillerinin kaynakları Kasım b. Kutluboğa (879/1474) tarafından yapılan tahrir çalışmasında tespit edilmiştir. Bu çalışmada 1000 civarında hadisin tahriri yapılmıştır.¹¹⁸

İmam Muhammed'in (189/805) zâhirü'r-rivaye eserlerine birçok yerde atıfta bulunulmuştur. Bunların arasında *el-Mebsût (el-Asl)*,¹¹⁹ bu eserin içinde yer alan *Kitâbü's-Salât*,¹²⁰ *Kitâbü'l-Eyman*,¹²¹ *Kitâbü't-Talâk*,¹²² *Kitâbü's-Sulh*,¹²³ *Kitâbü'd-Da'va*,¹²⁴ *Kitâbü'l-Atak*,¹²⁵ *Kitâbü's-Şehadat*,¹²⁶ *Kitâbü'l-İkrar*,¹²⁷ *Kitâbü'l-İstihsan*,¹²⁸ *Kitâbü's-Şirke*¹²⁹ ve *Kitâbü'l-İkrah*¹³⁰ yanında, *el-Câmiü'l-kebir* (çoğu yerde kısaca *el-Câmi*),¹³¹ *Kitâbü's-Siyer* veya *es-Siyerü'l-kebir*,¹³² *ez-Ziyâdât*¹³³ ve *el-Câmiü's-*

115 a.g.e., s. 71, 90, 213.

116 a.g.e.,s. 179. Hattabiyye Ebü'l-Hattâb el-Esedî (138/755) tarafından kurulan aşırı bir Şîi fırkadır; bk. Hasan Onat, “Hattabiyye”, *DİA*, 1997, XVI, 492-493.

117 a.g.e.,s. 249.

118 Pezdevî, *Usûl*, nşr. Sâid Bekdaş, naşirin girişi, s. 82-83.

119 Pezdevî, *Usûl* (Karaçi), s. 179, 352. Bir yerde bu eserden *Mebsûtu ashâbina* diye söz edilmiştir; bk. a.g.e.,s. 308.

120 a.g.e.,s. 279.

121 a.g.e.,s. 38. Elbette burada *el-Asl*'in içinde bulunan eyman bölümü kastedilmektedir. Ancak İmam Muhammed *el-Asl*'in her bölümünü ayrı bir eser gibi telif ettiği için mütekaddimin Hanefî âlimleri bu bölümlere müstakil olarak atıfta bulunmaktadır. Serahsî'nin *Usûl*'ünde de bu tür atıflara sıkça rastlanmaktadır; Meselâ bk. Serahsî, *Usûl*, I, 121, 185, 186, 272, 328, 332.

122 Pezdevî, *Usûl* (Karaçi), s. 53, 132.

123 a.g.e.,s. 82.

124 a.g.e.,s. 85, 128.

125 a.g.e.,s. 85.

126 a.g.e.,s. 128.

127 a.g.e.,s. 130, 349.

128 a.g.e.,s. 154, 177, 179, 182, 204.

129 a.g.e.,s. 216.

130 a.g.e.,s. 350.

131 a.g.e.,s. 30, 78, 85, 92, 99, 100, 101, 103, 104, 112, 113, 132, 167, 262, 323, 330, 333.

132 a.g.e.,s. 67, 68, 69, 72, 77, 78, 88, 97, 115, 208, 327.

133 a.g.e.,s. 28, 66, 101, 106, 108, 111, 183.

*sağır*¹³⁴ zikredilebilir. Kimi zaman bu eserler içindeki bablara atıfta bulunulmuştur. Meselâ *el-Câmîü'l-kebir*'in nikah veya ikrar bölümü gibi.¹³⁵ Kimi zaman *el-Kitâb* adıyla *el-Asl'a* atıfta bulunulmuştur.¹³⁶ Kimi zaman "Babü'l-Ezan min Kitâbi's-Salât" gibi daha spesifik şekilde *el-Asl* içinde atıf yapılan konu başlığı tespit edilmiştir.¹³⁷ Bir yerde zâhirü'r-rivaye kavramına atıfta bulunulmuştur.¹³⁸

İmam Muhammed'in nâdirü'r-rivaye eserlerine de atıfta bulunulmuştur. Kimi zaman genel olarak *en-Nevâdir* adı verilmiş,¹³⁹ kimi zaman *Nevâdirü's-Salât* gibi belli bir konuyla ilgili referans zikredilmiştir.¹⁴⁰ Bir yerde "Revâ Hişam an Muhammed"¹⁴¹ denilerek muhtemelen Hişam b. Ubeydullah er-Razi'nin (221/836)¹⁴² İmam Muhammed'den rivayet ettiği *el-Asl* nüshasına veya *Nevâdirü Hişam'a* atıfta bulunulmuştur. Bir meselede Bişr b. Velid'in (238/853) Ebû Yusuf'tan, İbn Rüstem'in (211/826)¹⁴³ ise İmam Muhammed'den rivayetlerine atıf yapılmıştır.

İmam Muhammed'in eserleri Hanefî usûlünün kuruluşunda hayati öneme sahiptir. Zira bu eserlerde zikredilen fûrû meseleleri usûlün istinbatında kullanılmıştır. Bunun örneklerine Pezdevî'nin eserinin birçok yerinde rastlanmaktadır. Meselâ elfâzu'l-umûm bahsinde "mâ", "men", "ellezi" vb. lafızların anlamları¹⁴⁴ ve diğer hurûf-i meanînin ne anlama geldiği hususunda Pezdevî İmam Muhammed'in *es-Siyerü'l-kebir*'inde harflerin anlamları üzerine fûrû bina ettiği bir bab¹⁴⁵ olduğunu ifade eder ve burada zikredilen fûrûdan hareketle çıkarımlar yapar.¹⁴⁶ Kadı'nın kadıya yazı yazmasıyla ilgili meselelerden haberin kabulü ile ilgili bazı kurallar çıkarılmıştır.¹⁴⁷ Ravilerin sayısının fazla oluşunun tercih sebebi olması hususunda İmam Muhammed'in su, yemek ve içeceğin temiz veya helâl

134 a.g.e.,s. 319.

135 a.g.e.,s. 30, 74, 92, 100.

136 a.g.e.,s. 93, 123.

137 a.g.e.,s. 139.

138 a.g.e.,s. 143.

139 a.g.e.,s. 98, 143, 346.

140 a.g.e.,s. 41.

141 a.g.e.,s. 42.

142 Fıkıh ve hadis âlimidir. İmam Ebû Yusuf, Muhammed, Malik ve İbn Ebi Zi'b gibi âlimlerden ders almıştır. *el-Asl* ve *Nevâdir* gibi eserleri rivayet etmiştir. Ancak *el-Asl* rivayeti Cessas tarafından zayıf bulunmuştur; bk. Kureşi, *Cevâhir*, III, 569; Mehmet Erdoğan, "Hişam b. Ubeydullah", *DİA*, 1998, XVIII, 155.

143 İbrahim b. Rüstem, Ebû Bekir el-Mervezi. İmam Muhammed, Malik, Sevrî ve Şu'be gibi âlimlerden fıkıh ve hadis öğrenmiştir. Halife Me'mun'un kadılık teklifini reddetmiştir; bk. Kureşi, *Cevâhir*, I, 80-82.

144 Pezdevî, *Usûl* (Karaçi), s. 69-71.

145 Pezdevî'nin zikrettiği misallerin yer aldığı bab için bk. Şemsüleimme es-Serahsi (483/1090), *Şerhu's-Siyerü'l-kebir*, Kahire 1971, s. 847-861.

146 Pezdevî, *Usûl* (Karaçi), s. 115.

147 a.g.e.,s. 185.

oluşuyla ilgili iki kişinin sözünün bir kişiye tercih edilmesine dayananlar olmuştur.¹⁴⁸ İmam Muhammed'in mühâyeenin cevazı için Salih (a.s.)'ın devesi ile kavmi arasında su içiminin gün aşırı taksim edilmesini delil göstermesi “şer'u men kablena”nın (bizden öncekilerin şeriatının) hüccet olduğuna işaret sayılmıştır.¹⁴⁹ Bu konuda örnekleri çoğaltmak mümkündür.

Hanefî fakihlerinin meşhurlarından el-Hâkimü's-şehîd'in (334/945) *el-Münteka* adlı eserine atıfta bulunulmuştur.¹⁵⁰ Hanefî usûlcülerinden Cessas'ın (370/981) *Ahkâmü'l-Kur'an* adlı eserine atıfta bulunulmuştur.¹⁵¹

Usûle dair bir görüş el-Kadi's-şehîd'in *Kitâbü'l-Gurer*'ine atfedilmektedir.¹⁵² *Usûlü'l-Pezdevî* şarihlerinden Hüsameddin es-Siğnakî (714/1314) burada el-Hâkimü'l-Mervezî'nin, yani el-Hâkimü's-şehîd'in kastedildiğini ifade etmiştir.¹⁵³ Abdülaziz el-Buhârî (730/1329) ise bazı şarihlerin bu zatın el-Hâkimü's-şehîd olduğunu söylediğini, ancak el-Kadi's-şehîd lakabıyla bilinen zatın Ebû Nasr el-Muhsin b. Ahmed b. el-Muhsin el-Hâlidî el-Mervezî (429/1037) olduğunu belirtmiştir.¹⁵⁴ Kâtip Çelebi *el-Gurer* adlı bir eseri el-Hâkimü's-şehîd'e (334/945) nisbet etmektedir.¹⁵⁵ Sem'ânî ise *Usûlü'l-fikh* adında bir eseri kendisine nisbet eder.¹⁵⁶ Ancak bu eserin fıkıh usûlü ilmine ait olduğu şüphelidir. Zira bu dönemde “usûlü'l-fikh” terkibi yaygın bir şekilde fıkıh kitapları için kullanılmaktadır. Ayrıca diğer kaynaklarda el-Hâkimü's-şehîd'in usûl-i fıkıha dair görüşlerine atıf yapıldığı görülmemektedir. Diğer taraftan Zerkeşi'nin (794/1392) atıfta bulunduğu Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed el-Bel'amî el-Hanefî'nin¹⁵⁷ *Kitâbü'l-Gurer fi'l-usûl* adlı eserinin aynı eser olması ihtimal dahilindedir.¹⁵⁸

148 a.g.e.,s. 208.

149 a.g.e.,s. 234.

150 a.g.e.,s. 83, 322.

151 a.g.e.,s. 123.

152 a.g.e.,s. 59.

153 Hüsameddin es-Siğnakî, *el-Kâfi şerhu'l-Pezdevî* (nşr. Fahreddin Seyyid Kânit), Riyat 1422/2001, II, 667.

154 Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, I, 294. Bu zatın kısa bir biyografisi için bk. İbrahim b. Muhammed el-İraki es-Sârifîni (641/1243), *el-Müntehab min Kitabi's-Siyak li-tarihi Nisâbur*, nşr. Halid Haydar, baskı yeri yok, Darü'l-Fikr, 1414, s. 495; Zehebî, *Tarihü'l-İslam*, IX, 481.

155 Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, II, 1202.

156 Sem'ânî, *el-Ensâb*, VIII, 191.

157 Bu zat hakkında bilgi bulamadık. Ancak Muhammed b. Ubeydullah el-Bel'amî (329/940) adında Maverânnehir bölgesinde hüküm süren Samani Devletinde vezirlik yapmış âlim ve edib bir zat bulunmakta ve Buharâda bu zatın ailesinin bilindiği belirtilmektedir; bk. Takıyyüddin Osman b. Abdurrahman İbnü's-Salâh (643/1245), *Tabakâtü'l-fukahai's-Şafiyye*, nşr. Muhyiddin Ali Necib, Beyrut 1992, I, 224; Safedî, *el-Vâfi bi'l-vefeyât*, IV, 7.

158 Bedreddin Muhammed b. Abdullah ez-Zerkeşi (794/1392), *el-Bahru'l-muhit*, y.y., Darü'l-Kütübî, 1414/1994, VII, 28, 416, 436, 445; VIII, 102, 144.

Ayrıca Pezdevî bir yerde kendisinin İmam Muhammed'in *el-Câmiü'l-kebir*'i üzerine yazdığı *Şerhu'l-Câmi*'e atıfta bulunmuştur.¹⁵⁹

J. Serahsî'nin *Usûl*'ü ile Arasındaki Benzerlik

Hemen hemen aynı dönemde yaşayan Serahsî (483/1090) ve Pezdevî'nin *Usûl*'leri arasında büyük benzerlik bulunmaktadır. İki eseri karşılaştıran herkes bu benzerliği kolayca tespit edebilir. Birçok yerde harfi harfine aynı ifadeler ve cümleler iki eserde de yer almaktadır. İşlenen konular neredeyse aynıdır. Aradaki fark konuların tertibi ve Serahsî'nin eserinin Pezdevî'ninkinden daha geniş olmasıdır. Hangi eserin daha önce yazıldığı hususunda kesin bir bilgi yoktur. Her iki müellifin 400/1010 civarında doğduğu söylenmektedir. Serahsî'nin eserinin başında bu eserini İmam Muhammed'in eserlerini şerhettikten, yani *Mebûsûl*'u telif ettikten sonra Özkent (Uzcend) kalesinde 479/1087 yılının Şevval ayının sonunda imlâ etmeye başladığı ifade edilmektedir.¹⁶⁰ Dolayısıyla Serahsî'nin eserini hayatının sonuna doğru ve oldukça geç bir yaşta telif ettiği anlaşılmaktadır. Normal şartlarda Pezdevî'nin eserini daha erken bir tarihte telif etmiş olması kuvvetle muhtemeldir.¹⁶¹

İki eser arasındaki benzerliğin bir sebebi Şemsüleimme el-Halvânî gibi müşterek üstatlardan ders almaları ve birbirlerine yakın coğrafya ve ilim havzalarında bulunmaları olabilir.¹⁶² Ancak iki eser arasında, birçok yerde aynı kelime ve cümlelerin kullanılmasına varan benzerliğin sadece bu sebeplere bağlanması meseleyi yeterince izah edememektedir. Ayrıca Şemsüleimme el-Halvânî'nin (452/1060) usûl alanında bir eseri olmadığı gibi kendisi bu alanın meşhur isimleri arasında sayılmamaktadır. Muhtemelen Serahsî Pezdevî'nin eserine vakıf olmuş, Hanefî usûlünü özlü bir şekilde ortaya koyan bir eser olarak onu benimsemiş ve adını koymasa da bir bakıma onu şerhetmiştir. Pezdevî'nin de kendinden önceki müelliflerden, özellikle Debûsî'den birçok yerde faydalandığı ve elfazın dörtlü taksimi gibi bazı yerlerde onu neredeyse aynen izlediği, ancak Debûsî'nin adını hiç anmadığı görülmektedir. Eğer Serahsî'nin *Usûl*'ünün Pezdevî'nin *Usûl*'ünden sonra yazıldığı yönündeki tahminimiz doğruysa, *Usûl*'s-Serahsî'nin büyük öl-

159 Pezdevî, *Usûl* (Karaçi), s. 100.

160 Serahsî, *Usûl*, I, 9. Ayrıca bk. Muhammed Hamidullah, "Serahsî, Şemsüleimme", *DİA*, 2009, XXXVI, 544-547.

161 Pezdevî, *Usûlü'l-Pezdevî*, nşr. Sâid Bekdaş, naşirin girişi, s. 36-42; Muhammed Ebü Zehre, *Usûlü'l-fikh*, baskı yeri ve tarihi yok, Darü'l-Fikri'l-Arabî, s. 23.

162 Murteza Bedir-Ferhat Koca, "Pezdevî, Ebü'l-Usr", *DİA*, XXXIV, 264-266.

çüde Debûsî ve Pezdevî'nin eserleri üzerine kurulmuş ve bunları bir ölçüde şerhetmiş olduğunu söyleyebiliriz. Ayrıca uzunca bir dönem hapis hayatı yaşayan ve eserlerini hapiste telif eden Serahsî'nin hayatının sonuna doğru Pezdevî'nin eserinden faydalanarak yazdığı *Usûl*'ünü gözden geçiremeden vefat etmiş olması da muhtemeldir. Zira eserinin düzeninde bir dağınıklık bulunmakta ve kimi zaman konular arasında bağlantı kurmak zorlaşmaktadır. Pezdevî'nin *Usûl*'ünde ise sistematik nisbeten daha gelişmiş ve konular arasında bağlantı kurmaya daha çok gayret gösterilmiştir.¹⁶³ Bununla birlikte Pezdevî'nin sistematigiinde de eksik kalan yönler bulunmaktadır (yuk. bk.).

K. Kardeşi Ebu'l-Yüsr el-Pezdevî'nin Eseri ile Mukayese

Yukarıda geçtiği üzere Fahrülislam Ebu'l-Usr el-Pezdevî'nin kardeşi Sadrülislam Ebu'l-Yüsr el-Pezdevî'nin *Ma'rifetü'l-hüceciş-şer'iyye* adında kısa ve kolay üsluba sahip bir usûl-i fıkıh eseri bulunmaktadır. Müellif bu eseri 486/1093 yılının Ramazan ayında telif etmiştir.¹⁶⁴ Dolayısıyla eserini ağabeyinin vefatından 4 yıl sonra telif ettiği anlaşılmaktadır.

Sadrülislam önce orta büyüklükte bir usûl eseri telif ettiğini, sonra bu eserde bazı değişiklikler yaptığını, üçüncü olarak da fakihlerin ihtiyaç duyacağı ölçüde kısa olan bu eseri yazdığını ifade ederek eserine başlar.¹⁶⁵ Görüldüğü üzere Sadrülislam da Fahrülislam gibi önce genişçe bir usûl eseri telif etmiş, sonra daha kısa bir eser kaleme almıştır. Birçok âlimin takip ettiği bu usûlde telif açısından kolaylık bulunmaktadır; önce konular detaylıca ele alındıktan sonra bir eserin özetini çıkarmak kolaylaşmaktadır.

Sadrülislam eserinin başında fıkıh ve usûlü'l-fıkhın tanımını yapar.¹⁶⁶ Sadrülislam ağabeyi Fahrülislam'dan farklı olarak "usûlü'l-fıkh" terkinini açık bir şekilde bu ilmin adı olarak kullanmaktadır. Fahrülislam'ın ise net bir şekilde ifade etmese de "usûlü'ş-şer'" terkinini bu ilmin adı olarak kullandığı düşünülebilir (yuk.bk.).

Sadrülislam usûlü'l-fıkhın, yani fıkhın temel delillerinin Kitap, sünnet ve icma olduğunu belirtir.¹⁶⁷ Fahrülislam ise kıyası da buna ilave eder. Ancak bu pratikte sonucu olmayan teorik bir ayırmadır. Usûl ile sadece müsbet, yani müstakil

163 a.g.e.,XXXIV, 265; Murteza Bedir, "Usûlü's-Serahsî", *DİA*, XLII, 221-222.

164 Sadrülislam el-Pezdevî, *Ma'rifetü'l-hüceciş-şer'iyye*, s. 257.

165 a.g.e.,s. 22.

166 a.g.e.,s. 22-24.

167 a.g.e.,s. 23.

olarak hükümleri koyan kaynaklar kastedilirse deliller üçtür; ancak muzhir, yani önceden bu üç asıldan biriyle sabit olan bir hükmün esas alınması suretiyle aslında varolan bir hükmün ortaya çıkarılmasını sağlayan deliller de göz önünde bulundurulursa bu üç delile ilaveten kıyas da usûlden sayılır. Usûlcülerin kahir ekseriyeti de bu görüştedir.

Sadrülislam eserinin başında fıkıh, mana, delil, nazar, re'y, kıyas, hüccet, burhan, sebab, makul ve nükte gibi kavramlar üzerinde durur ve bunları açıklar.¹⁶⁸ Bu arada Ebû Hanîfe'nin ashabına "ashabü'r-re'y" denilmesinin olumlu bir anlamı olduğunu belirtir.¹⁶⁹ Fahrülislam da aynı şekilde "ehlü'r-re'y" tesmiyesinin Hanefîler'in fıkıh alanında üstünlükleri sebebiyle kendilerine verildiğini ifade etmiştir. Ancak o yukarıda geçen diğer kavramların izahı üzerinde durmamıştır. Bu kavramlar ve benzerleri üzerinde duran Debûsî'dir.¹⁷⁰

Sadrülislam usul-i fıkıh konularında ilmin ihata ve yakın ile galibü'r-re'y ve'zan şeklinde iki kısma ayrıldığını söyler.¹⁷¹ Kendisinden önce Debûsî'nin delilleri yakın ve zan açısından iki kısma ayırarak incelediği görülmektedir.¹⁷² Ardından Sadrülislam istidlal, istinbat, ictihad, ma'lul, ihticac, i'tilal kavramlarını açıklar.¹⁷³ Akabinde delaletü'n-nas kavramını örneklerle izah eder. Bu örneklerin bir kısmında Şafî'nin görüşünü eleştirir. Bir örneğin izahında ise Debûsî ve ağabeyi Fahrülislam el-Pezdevî gibi Hanefî usûlcülere muhalefet eder.¹⁷⁴

Sadrülislam "Faslün ti taklidi gayri'n-Nebi" başlığı altında İmam Ebû Hanîfe'nin eğitim metodunu, avamın bir müctehidi taklid etmesinin zaruret olduğunu, âlimlerin ise delilini bilmeden başka bir âlimi taklid etmesinin caiz olmadığını ve delilini bilerek bir müctehidin görüşüne uymaya taklid denilemeyeceğini anlatır.¹⁷⁵ Taklidi kötüleyen bu yaklaşımı Debûsî ve Fahrülislam'da da görmekteyiz.¹⁷⁶ Sonraki asırlarda ise taklide karşı bu tavırdan uzaklaşıldığı bilinmektedir.

168 a.g.e.,s. 24-30.

169 a.g.e.,s. 27.

170 Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, s. 13-17.

171 Sadrülislam el-Pezdevî, *Ma'rifetü'l-hücceciş-şer'iyye*, s. 30-31.

172 Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, s. 18-19.

173 Sadrülislam el-Pezdevî, *Ma'rifetü'l-hücceciş-şer'iyye*, s. 31-33.

174 Bir ayet-i kerime (Haşr, 59/8) muhacirler için kullanılan "fakir" kelimesinden Debûsî ve Pezdevî onların müşrikler tarafından gaspedilen mallarının mülkiyetini kaybettikleri anlamına işaretü'n-nass yoluyla delalet ettiğini çıkarmaktadır; bk. Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, s. 130; Pezdevî, *Usûl* (Karaçi), s. 11. Sadrülislam el-Pezdevî ise bunun işaretü'n-nass değil delaletü'n-nass olduğunu savunur; bk. *Ma'rifetü'l-hücceciş-şer'iyye*, s. 33-44.

175 a.g.e.,s. 45-49.

176 Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, s. 399; Pezdevî, *Usûl* (Karaçi), s. 273.

Dolayısıyla V. yüzyılda ictihad düşüncesinin fakihler arasında yaygın olduğu, ancak bununla daha çok mezhep içi ictihadın kastedildiği söylenebilir. Zira Debûsî ve Pezdevî gibi fakihler Hanefî mezhebinin görüşlerini savunma ve temellendirmede önemli bir yere sahiptir; onlar bir mezhep/ekol olarak Hanefiliği tercih ederken bilinçli bir tercih içinde olduklarını, ancak bunu körü körüne taklitle yapmadıklarını, mezhebin usûlünü ve delillerini inceleyerek güçlü buldukları için bu yolu tercih ettiklerini ifade etmektedirler. Böyle bir yaklaşımın ictihad fikrini canlı tutacağı, yeni sorunlar karşısında mezhebin usûlüne göre ictihad etmeyi mümkün kılacağı açıktır.

Sadrülislam sırasıyla Kitap, sünnet, icma ve meanî (kıyas) ile delil getirileceğini ifade eder.¹⁷⁷ Dolayısıyla yukarıda usûlün sadece Kitap, sünnet ve icma olduğunu söylemesinin pratikte bir farklılık doğurmadığı anlaşılmaktadır.

Debûsî ve Fahrülislam'da elfazın taksiminde görülen dörtlü bölümlemeler ve ince ayrımlar Sadrülislam'da görülmemektedir. Elfaz bahisleri Sadrülislam'ın eserinde daha kısa olup Fahrülislam'ın eserindeki geniş açıklamaları ve örnekleri içermemektedir.

Kitap delilinden sonra Sadrülislam sünnet deliline geçer. Bu bölümde yer alan konular Fahrülislam'ın *Usûl*'ünde biraz daha geniş ve sistematik şekilde ele alınmış, hatta Sadrülislam'ın değinmediği başka konulara da temas edilmiştir. Ancak Sadrülislam'ın haber-i vahidin hücciyeti konusunda Mutezile'nin görüşüne nisbeten daha geniş yer verdiği görülmektedir.¹⁷⁸ Bu onun fırkaların görüşleri konusunda geniş ittila sahibi olduğunu ve kelâma olan ilgisinin Fahrülislam'dan daha çok olduğunu gösterir.

Ardından Sadrülislam tarafından icma deliline geçilerek icmanın hücciyeti, icmanın türleri, önceden ihtilafı bir mesele üzerine icma, sahabenin ihtilaf ettiği meselede yeni görüş ortaya koymanın hükmü gibi meseleler ele alınır.¹⁷⁹ Bu konular Fahrülislam tarafından biraz daha genişçe ele alınmıştır.

Bundan sonra kıyas deliline geçen Sadrülislam tarafından önce kıyasın hücciyeti, kıyasın sıhhatinin şartları, illetin tahsisıyla ilgili tartışmalar, illet ve şartla ilgili bir mesele, illet, şart, sebep kavramları, aralarındaki farklar ve örnekleri incelenir. Sonra illetin hükmünün devamı, akdın feshi, illetin hükmünün illele birlikte sabit olacağı, illetin birden fazla vasıftan oluşması, illetin tanımı, illetin

177 Sadrülislam el-Pezdevî, *Ma'rifetü'l-hücceciş-şer'iyye*, s. 50-51.

178 *a.g.e.*, s. 123-124.

179 *a.g.e.*, s. 148-155.

tespit yolu, tard ve ona itirazın yolları, talakla ilgili bazı meselelerin illetleri, ihtisar/iktisar, zuhur ve istinad¹⁸⁰ yoluyla sabit olan hükümler, mevkuf akit ve mevkuf hüküm konuları işlenmiştir.¹⁸¹ Genel olarak bu konular Fahrülislam'ın eserinde de ele alınmış, ancak daha geniş ve sistematik biçimde anlatılmıştır.

Genel anlamda Fahrülislam'ın eseri Sadrülislam'ın eserinden daha geniş ve sistematiktir. Sadrülislam'ın eserinde konular daha kısadır; hatta bazı konulara hiç değinilmemiştir; Meselâ ehliyet ve arızaları konuları gibi. Ayrıca *Ma'rifê*'de konular biraz daha dağınık ve düzensiz işlenmektedir. Meselâ kıyasla ilgili meseleler anlatılırken konuyla ilgisi pek belli olmayan "harc" (zorluk) konusu ve hükümlere etkisinden söz edilir.¹⁸² İlet, şart ve sebep kavramlarından söz edildikten sonra ibadet ve kurbet kavramları üzerinde durulur.¹⁸³ Gerçi burada vaz'î hüküm ve şer'î hüküm kavramları arasında bir bağlantı kurmak mümkündür; ancak Fahrülislam'ın aksine Sadrülislam konular arasında bağlantı kurmaya çalışmamakta ve bu meselelere belli bir sistematığı takip etmeden kıyas bahisleri içinde değinmektedir. Yine Sadrülislam'ın şer'î hüküm bahisleri olan azimet, ruh-sat, farz, sünnet gibi kavramlar üzerinde durmadığı, bunları müstakil bir başlık altında ele almadığı görülmektedir.

Kimi yerde Sadrülislam bir muhtasar eserin üslubuna uymayan anlatımlarda bulunmaktadır. Meselâ illetin isbatında tartışmalı yöntemlerden olan tard konusyla ilgili bir meselede adını vermediği Şafîî bir âlimle ve başka bir Hanefî fakihle yaptığı münazarayı uzunca anlatmaktadır.¹⁸⁴ Fahrülislam'ın eserinde bu tür, muhtasar bir eserin üslup ve sistematığına uymayan davranışlar görülmez.

Sadrülislam'ın eserinde mezhep içi ve mezhep dışı görüşler delilleriyle birlikte zikredilir, tartışılır ve örnekler verilerek meseleler izah edilir. Bu açıdan Fahrülislam'ın eseriyle benzeşmektedir. Muhalif mezhepler içinde en çok Şafîî ve ashâbına atıfta bulunulur ve görüşleri eleştirilir.¹⁸⁵ Hanefî usûlcülerden İmam Matüridî'nin (333/944) görüşleri kimi zaman zikredilir.¹⁸⁶ Şemsüleimme el-Halvâî/Halvânî'den "hocamız" denilerek bir görüş nakledilir.¹⁸⁷ Mutezile'den

180 Bu fasıllarda bir akit veya tasarrufta bulunmak üzere söylenen sözlerin hüküm doğurma zamanıyla ilgili birçok fihhi meseleden söz edilmiştir.

181 a.g.e.,s. 156-257.

182 a.g.e.,s. 171-174.

183 a.g.e.,s. 189-193.

184 a.g.e.,s. 217-220.

185 a.g.e.,s. 58.

186 a.g.e.,s. 65, 167.

187 a.g.e.,s. 122.

Hişam b. Hakem (179/795) ve Ebû Ali el-Cübbâ'nın (303/916) görüşü zikredilir.¹⁸⁸ "Ashâbü'z-zavâhir"den Davud b. Ali (270/884) ve oğlu Ebû Bekir'in (297/910) kıyasın hücciyetini reddetmelerinden söz edilir.¹⁸⁹ Buna benzer nakiller Fahrülislam'ın eserinde de bulunmaktadır.

Sadrülislam İmam Muhammed'in *ez-Ziyâdât*¹⁹⁰ ve *es-Siyerü'l-kebîr* adlı eserlerine atıfta bulunur.¹⁹¹ Ayrıca İmam Muhammed'in başka bir yerde kendisine nisbet edildiğini görmediğimiz *Kitâbü'l-İlel*'inden söz etmektedir.¹⁹² Bu eserin adının *Kitâbü'l-Hiyel* gibi başka bir addan muharref olması mümkündür. Sadrülislam müellif adı vermeden *İhtilâfî Züfer ve Ya'kub* adlı bir esere atıfta bulunmaktadır.¹⁹³ Serahsî ve başka fakihler de birçok yerde bu eserden nakilde bulunmakla birlikte müellifinin adını vermemektedir.¹⁹⁴ Kâtip Çelebi de bu eserin adını zikretmiş, ancak müellifinin adını tespit edememiştir.¹⁹⁵ Sadece bir yerde Ebu'l-Leys es-Semerkandî'nin (373/983) bu eseri İmam Ebû Hanîfe'nin öğrencisi Hasan b. Ziyad'a (204/819) nisbet ettiği görülmektedir.¹⁹⁶ Serahsî bir yerde bu eserin İbn Şücâ tarafından yapılan şerhine atıfta bulunmaktadır.¹⁹⁷ Bu zat Hasan b. Ziyad'ın öğrencisi Muhammed b. Şücâ es-Selcî (266/880) olmalıdır. *Muhît-i Burhanî*'de *İhtilâfî Züfer (ve Ya'kub)* adlı eserin el-Belhî'ye atfedilmesi bir tahrif sonucu olmalıdır.¹⁹⁸

Sadrülislam genel olarak hadisler için kaynak göstermezken sadece bir hadis için Tirmizî'nin (279/892) *Câmi*'ini (*Sünen*) kaynak gösterir.¹⁹⁹ Muhtemelen bu şekilde hadis kaynaklarından haberdar olduğunu, bir ehl-i rey mensubu olarak ehl-i hadisin dediği gibi hadis konusunda yetersiz olmadığını göstermek istemiştir. Fahrülislam'ın İmam Muhammed'in eserlerinden Sadrülislam'dan daha

188 a.g.e.,s. 123-124.

189 a.g.e.,s. 156.

190 a.g.e.,s. 210, 254.

191 a.g.e.,s. 210.

192 a.y..

193 a.y..

194 Serahsî, *el-Mebsût*, Beyrut 1414/1993; II, 129; III, 66, 76; Alaeddin Ebû Bekir b. Mes'ud el-Kasani (587/1191), *Bedaiü's-sanai' fi tertibiş-şerai'*, Beyrut 1406/1986, I, 13; III, 108; VII, 292; Burhaneddin Mahmud b. Ahmed el-Buhârî (616/1219), *el-Muhitu'l-Burhanî fi'l-fikhi'n-Nu'mani*, nşr. Abdülkerim Sami el-Cündî, Beyrut 1424/2004, I, 129, 295; II, 384.

195 *Keşfü'z-zunûn*, I, 32.

196 *Uyünü'l-mesâil*, nşr. Salahaddin en-Nahî, Bağdad 1386, s. 90.

197 Serahsî, *Mebcut*, IV, 92.

198 Burhaneddin el-Buhârî, *el-Muhitu'l-Burhanî*, I, 129. Zira "Belhî" noktasız düşünüldüğünde peltak se ile "Selcî" şeklinde okunabilir; ayrıca bir eserin şerhinin o eserin adıyla anıldığına Hanefî literatüründe çok rastlanmaktadır; yani burada Selcî'nin *Şerhu İhtilâfî Züfer ve Ya'kub* adlı eserine kısaca *İhtilâfî Züfer* adıyla atıfta bulunulmuştur.

199 Sadrülislam el-Pezdevî, *Ma'rifetü'l-hücceciş-şer'iyye*, s. 55-56.

çok faydalandığı ve sık sık bu eserlere müracaat ettiği anlaşılmaktadır. Ancak Sadrülislam'ın da geniş bir ittila sahibi olduğu, farklı alanlarda başvurduğu, nâdir ve değerli eser isimlerinden anlaşılmaktadır. Haber-i vahidin Kitap, mütevatir veya meşhur sünnet ve usûle aykırı olması halinde reddedileceği görüşünü bazı Hanefî âlimlere atfeden Sadrülislam el-Pezdevî buna karşı çıkar ve haber-i vahidin reddinin caiz olmadığını, mümkün olduğu vech üzere ve Kitap ve mütevatir sünnete aykırı düşmeyecek şekilde kendisiyle amel edilmesi gerektiğini savunur.²⁰⁰ Hanefî usûlcülerin görüşlerine aykırı olan bu görüş onun hadis ehlinde etkilenmediğini ve Hanefî usûlünde farklı seslerin olduğunu gösteren önemli bir örnektir.

Sadrülislam şer'î hükümleri tasnif ederek, hükümlerin ibadat, muamelât, cinayat ve husumat olmak üzere dört kısımdan teşekkül ettiğini ifade etmiştir.²⁰¹ Fahrülislam'ın eserinde bu şekilde bir tasnife rastlanmamıştır; ancak onun hükümleri Allah hakları, kul hakları ve karma haklar şeklinde farklı kısımlara ayırdıktan sonra bu kısımları kendi içinde daha detaylı kısımlara ayırdığı bilinmektedir (yuk. bk.).

II. USÛLÜ'L-PEZDEVÎ ÜZERİNE YAPILAN ÇALIŞMALAR

Kurucu rolü ve Hanefî usûlünün gelişmiş halini başarılı şekilde özetlemesi sebebiyle *Usûlü'l-Pezdevî* Hanefî fakihler tarafından özel bir ilgiye mazhar olmuş ve üzerine birçok çalışma yapılmıştır. Aslında bu çalışmaları iki kısma ayırmak mümkündür: Dolaylı ve dolaysız çalışmalar. Dolaylı şekilde Pezdevî'nin *Usûlü*'ü üzerine yapılan çalışmalar düşünülürse, kendisinden sonra Hanefî usûlüne dair yazılan hemen bütün eserlerin bir ölçüde Pezdevî'nin *Usûlü*'ünden istifade ettiğini söylemek mümkündür. Zira bu eser Hanefî usûlünün en önemli kurucu ve özet eserlerinden biridir. Dolaysız olarak *Usûlü'l-Pezdevî* üzerine yapılan şerh ve diğer çalışmaları ise şöyle özetlemek mümkündür:

A. Şerhler

1-Bedreddin Muhammed b. Mahmud b. Abdülkerim el-Kerderî (651/1254). Haherzade (Kızkardeşoğlu) lakabıyla meşhurdur. *Fevaidü Usûli'l-Pezdevî* adlı eserini Siğnakî (714/1314) kaynakları arasında zikretmiştir.²⁰²

200 a.g.e.,s. 135.

201 a.g.e.,s. 207.

202 Hüsameddin es-Siğnakî, *el-Kâfi şerhu'l-Pezdevî*, I, 142, 143, 300; III, 1062, 1380; IV, 2041. Bedreddin el-

2-Necmü'l-ulema Hamîdüddin Ali b. Muhammed b. Ali er-Ramuşî el-Buhârî ez-Zarîr (666/1268). *Fevaidü'l-Pezdevî* (*Haşiye veya Ta'lîka ala Usûli'l-Pezdevî* veya *Şerhu Usûli'l-Pezdevî*) adlı eseri matbudur.²⁰³ Ayrıca *Kitâbü'l-Fevaid ala Usûli'l-Pezdevî* adıyla, Ümmü'l-kura Üniversitesi'nde birden fazla doktora tezine paylaştırılarak tahkik edilmiştir.²⁰⁴ Bu eserin Pezdevî üzerine yazılan ilk haşiye/şerh olduğu söylenmiştir. Siğnakî *Fevaid* adıyla andığı bu eserin farklı nüshaları bulunduğunu ve ondan faydalandığını belirtirken, Abdülaziz el-Buhârî de bu esere atıfta bulunur.²⁰⁵

3-Süleyman b. Ahmed b. Zekeriyya es-Sindî (VII-VIII. asır). Hintli Hanefî âlimlerdendir. *Şerhu Usûli'l-Pezdevî* (*Haşiye ala Usûli'l-Pezdevî*) adlı eseri tez olarak çalışılmıştır.²⁰⁶

4-Kutbeddin Mahmud b. Mes'ud b. Muslih eş-Şirazî (634-710/1236-1311). Şafiî fakih, usûlcü ve çok yönlü âlimdir. *Fevaid ala Usûli'l-Pezdevî* adlı 50 kürrase hacminde bir eseri olduğu belirtilmiştir. Kâtip Çelebi'nin verdiği bilgidен eserin mantık veya cedel içerikli olduğu anlaşılmaktadır.²⁰⁷

Kerderî dayısı ve aynı zamanda hocası olan Şemsüleimme el-Kerderî'ye nisbetle Haherzade lakabıyla anılmıştır. Hanefî fakih ve usûlcüdür. Kelâm, fıkıh ve usûle dair eserleri bulunmaktadır. *Fevâidü Usûli'l-Pezdevî* dışında *Fevâidü Takvîmi'l-edille* adında bir usûl eseri daha vardır; bk. Kureşî, *Cevâhir*, II, 184; III, 362-363; Ebu'l-Felâh Abdülhay b. Ahmed İbnü'l-İmad el-Hanbelî (1089/1679), *Şezeratü'z-zeheb fi ahbari men zeheb*, nşr. Mahmud el-Arnaut, Dimaşk-Beyrut, 1406/1986, VII, 442; Kâtip Çelebi, *Süllemü'l-vusûl ila tabakâti'l-fuhûl*, nşr. Mahmud Abdülkadir el-Arnaut, İstanbul 2010, III, 261-262; Leknevî, *Fevâid*, s. 200; Bağdatlı, *Hediyetü'l-ârifin*, II, 125.

203 nşr. Amir Ahmed en-Nedavî, I-II, Beyrut 2016.

204 Hurûf-i meanîden icmanın sonuna kadar tahkik: Seyyid Hüseyin Eşrefî, 1430/2008; Kıyas'tan eserin sonuna kadar tahkik: Ahmed Cumî, 1432/2010.

205 Siğnakî, *Kâfi*, I, 142, 197; II, 635, 724; Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV, 38. Hamîdüddin er-Ramuşî Buharâda bulunan Ramuş köyüne mensuptur. Maveraünnehir âlimlerinden, Hanefî fakih, usûlcü, müfessir ve kelâmcıdır. Hocaları arasında Şemsüleimme el-Kerderî, öğrencileri arasında Ebu'l-Berekat en-Nesefî sayılabilir. Yaklaşık ellibin kişinin kıldığı cenaze namazını vasiyeti üzere Nesefî kıldırması ve naaşını kabrine koymuştur. *Hidâye* üzerine ilk şerhi yazdığı söylenmiştir. Fıkıh ve usûl alanında eserleri vardır; bk. Kureşî, *Cevâhir*, II, 598; Kasım b. Kutluboğa, *Tâcü't-terâcim*, s. 215; Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, I, 113; Leknevî, *Fevâid*, s. 125; Bağdatlı, *Hediyetü'l-ârifin*, I, 711; Meragî, *Feth*, II, 77; Zirikli, *A'lâm*, V, 154; Kehhale, *Mucemü'l-müellifin*, II, 516; Beka, *Mucem*, III, 283-284; Murteza Bedir-Ferhat Koca, "Pezdevî, Ebü'l-Usr", *DİA*, 2007, XXXIV, 264-266.

206 Mısır Camiatü'l-Ezher, Külliyyetü'd-Dirasatî'l-İslamiyye'de dört yüksek lisans tezinde tamamı tahkik ve tahlil edilmiştir: İbrahim Muhammed Uveys, 2007; Ali Taha Afif ve Habibullah Devletşah, 2009; Abdullâh Fethi Ahmed, 2010. Yazmaları için bk. Süleymaniye Ktp., Murad Molla, nr. 642, 349 vr.; Darü'l-Kütübî'l-Misriyye, nr. 69. Ayrıca bk. Bağdatlı İsmail Paşa (1920), *İzâhu'l-meknûn fi'z-zeyli ala Keşfü'z-zunûn*, İstanbul 1945, I, 92. Ezher Üniversitesi'ndeki çalışmada bu zatın VIII. asırda Hindistan'da yaşadığı ifade edilmektedir. Bağdatlı Darü'l-Kütübî'l-Misriyye nüshasının 698 tarihli olduğunu bildirmektedir.

207 Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, I, 112. Kutbeddin eş-Şirazî Şiraz'da doğmuştur. Nasirüddin Tusî'den ders almıştır. Anadolu'ya giderek Mevlana'yla görüşmüş, Sadreddin Konevî'nin derslerine katılmış, ardından Sivas ve Malatya'da kadılık yapmıştır. Şam ve Mısır'da bir süre kaldıktan sonra Tebriz'e yerleşmiştir. Aduddin el-İcî gibi birçok öğrencisi olmuştur. Tebriz'de vefat etmiş ve vasiyeti üzere Kadı Beyzavî'nin ya-

5-Hüsameddin Hüseyin b. Ali b. Haccac el-Buhârî es-Siğnakî (714/1314). Hanefî fakih, usûlcü, dilci ve kelâmcıdır. *el-Kâfî fi şerhi Usûli'l-Pezdevî* adlı eseri tez olarak çalışılmış ve basılmıştır.²⁰⁸

6-Burhaneddin b. Mahmud b. Muhammed el-Buhârî el-Bağabakî (Boğabekî?) (715/1315 civarı). *Usûlü'l-Pezdevî*'nin geniş bir şerhi olan *Câmiu's-şurûh li'l-Pezdevî* adlı eserinin yazması bulunmaktadır. Eserinin yazmasının zahriyesinde bu zatın Bağabak'ta doğduğu ve Buhara'da ikamet ettiği yazılıdır. Kendisi hakkında başka bir bilgi tespit edilememiştir.²⁰⁹

7-Alaeddin Abdülaziz b. Ahmed b. Muhammed el-Buhârî (730/1329). Hanefî fakih ve usûlcüdür. *Keşfü'l-esrar şerhu Usûli'l-Pezdevî* adlı eseri meşhur ve matbu olup tez olarak da çalışılmıştır.²¹⁰ *Usûlü'l-Pezdevî*'nin meşhur, makbul ve geniş serhlerinin başında gelir. Bu eserine yöneltilen eleştirileri cevapladığı *er-Risaletü'l-kâfiye li-def'i't-ta'n ala Keşfü'l-esrar* adlı eseri de tez olarak çalışılmıştır.²¹¹

-
- nına defnedilmiştir. Astronomi, tıp, belagat, tefsir, felsefe ve usûl alanında eserleri vardır. Fıkıh usûlüne dair *Şerhu Muhtasari İbni'l-Hâcib* adlı eseri de matbudur; bk. Taceddin Abdülvehhab b. Ali es-Sübkî (771/1370), *Tabakâtü's-Şafiiyyeti'l-kübra*, nşr. Mahmud et-Tanahî – Abdülfettah el-Hulv, Kahire 1413, X, 386; Şihabeddin Ahmed b. Ali İbn Hacer el-Askalânî (852/1449), *ed-Dürerü'l-kâmine fi a'yâni'l-mietî's-sâmine*, nşr. Muhammed Abdülmuid Han, Haydarabad 1392/1972, VI, 100-101; Celeleddin Abdurrahman b. Ebû Bekir es-Süyuti (911/1505), *Buğyetü'l-vu'ât fi tabakâti'l-ıuğaviyyin ve'n-nuhât*, nşr. Muhammed Ebu'l-Fazl İbrahim, Sayda: el-Mektebetü'l-Asriyye, tsz., II, 282; Brockelmann, *GAL*, II, 274, 297; *Suppl.*, I, 817, 824, 929; II, 296-297, 581; Meragî, *Feth*, II, 109-111; Zirikî, *A'lâm*, VII, 188; Kehhale, *Mucemü'l-müellifin*, III, 832; Azmi Şerbetçi, "Kutbuddin-i Şirazi", *DİA*, 2002, XXVI, 487-489.
- 208 nşr. Fahreddin Seyyid Muhammed Kânit, I-V, Riyad 1422/2001, matbu doktora tezi. Hüsameddin es-Siğnakî Seyhun nehri kıyısındaki Siğnak (Siğnak, Suğnak) şehrine mensuptur. Maveraünnehir'de Hafızuddin Buhârî ve Fahreddin Maymergî gibi âlimlerden tahsilini tamamlayan Siğnakî Buhara, Nisabur, Bağdat, Şam ve Kahire'de ders vermiştir. Öğrencileri arasında Kıvamüddin Kakî, Emir Kâtip el-Etkanî ve Celeleddin Kirlanı bulunur. Vefat tarihinin 710 veya 711 olduğu da söylenmiştir. Fıkıh, akaid, nahiv, sarf ve usûle dair eserleri vardır. Hüsameddin el-Ahsiketî'nin (644/1247) *Müntehab*'ının şerhi olan *el-Vâfi şerhu'l-Müntehab* adlı eseri basılmıştır; bk. Kureşî, *Cevâhir*, II, 114-116; Kasım b. Kutluboğa, *Tâci'ü't-terâcim*, s. 160-161; Süyuti, *Buğye*, I, 537; Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, I, 81; II, 1848; Leknevî, *Fevâid*, s. 62; Bağdatlı, *Hediyetü'l-ârifin*, I, 314; Brockelmann, *GAL*, II, 116; *Suppl.*, II, 142; Meragî, *Feth*, II, 112; Zirikî, *A'lâm*, II, 247; Kehhale, *Mucemü'l-müellifin*, I, 566, 623; Beke, *Mucem*, II, 71-73; Rahmi Yaran, "Siğnakî", *DİA*, 2009, XXXVII, 164-166.
- 209 Beyazıt Devlet Ktp., Veliyyüddin Efendi, nr. 957-958, 235+242 vr., 35 satır. Bu nüsha 855 tarihinde Buhara'da Seyfi İnal b. Balbay el-İbrahimî'nin emriyle istinsah edilmiştir. Yazmada verilen bilgilere göre asıl nüshası ise Muhammed b. Muhammed Şeyh b. Mustafa el-Ebzeni tarafından Buhara'da, birinci cildi 715 tarihinde el-Medresetü'l-Mes'udiyye'de, ikinci cildi 716 tarihinde Hâce Parsa'nın zaviyesinde yazılmıştır. Tunus Darü'l-Kütübü'l-Vataniyye'de de bir nüshası bulunmaktadır; bk. <http://www.bnt.nat.tn/uhtbin/cgisirsi.exe/?ps=6nqvtTfeaY/BNT/231480009/2/16> (erişim: 25/10/2017).
- 210 I-IV, Kahire 1307; İstanbul 1307-1308; nşr. Muhammed el-Mu'tesim-billah el-Bağdadi, I-IV, Beyrut 1417/1997. Ayrıca Medine el-Câmiatü'l-İslamiyye'de doktora tezlerinde tahkik ve tahlil edilmiştir (Dirase ve tahkik: Üsame b. Fayçal es-Sadûn, 1431/2009; Muhammed b. Said el-Gamidi, 1431/2010; Muhammed b. Ahmed el-Hudayrî, 1432/2011; Ahmed b. Halufe el-Ahmerî, 1432/2011; el-Emin b. Abdullah eş-Şinkiti, 1433/2012; Hasan b. Muhammed Vuhey, 1433/2012; Fehd b. Abdullah el-Usey, 1434/2013).
- 211 Dirase ve tahkik: Abdülaziz b. Muhammed ed-Düveyş, doktora tezi, el-Câmiatü'l-İslamiyye (Medi-

8-Vecihüddin Ömer b. Abdülmuhsin el-Lahmî el-Erzincanî (743/1342). Hanefî fakih ve usûlcüdür.²¹² *et-Tekmül fî şerhi Usûli'l-fikh li'l-Pezdevî* adlı eserinin müellif hattıyla bir nüshası ve başka nüshaları bulunmaktadır.²¹³ Bu eserin tahkik aşamasında olduğu belirtilmiştir.²¹⁴

9-Fahredden Ebu'l-Mekârim Ahmed b. Hasan b. Yusuf el-Çarperdi (el-Carberdi) et-Tebrizî (746/1346). Şafîî fakih ve usûlcüdür. *Şerhu Usûli'l-Pezdevî* adlı bir eseri bulunmaktadır.²¹⁵

10-Kıvamüddin Muhammed b. Muhammed b. Ahmed es-Sincarî el-Hucendî el-Kakî (749/1348). Hanefî âlimlerden olup fıkıh ve usûl alanında söz sahibidir.²¹⁶

ne), 1434/2013. Abdülaziz el-Buhârî'nin hocaları arasında amcası Fahreddin Maymergi ve Hafızuddin Buhârî, öğrencileri arasında Kıvamüddin Kakî bulunur. Fıkıh alanında da müellefati vardır. Ahsikefî'nin *Müntehab*'i üzerine yazdığı *et-Tahkik* (veya *Gayetü't-tahkik*) *şerhu'l-Müntehab* adlı eseri matbudur. Bu kitabına yöneltilen eleştirileri cevapladığı *Reddü kavadihi't-Tahkik* adlı bir eseri daha bulunur; bk. Kureşî, *Cevâhir*, II, 428; Kasım b. Kutluboğa, *Tâci't-terâcim*, s. 188-189; Takıyyüddin b. Abdülkadir el-Gazzî el-Mısri et-Temimî (1010/1601), *et-Tabakâtü's-seniyye fi terâcimi'l-Hanefiyye*, nşr. Abdülfettah Muhammed el-Hulv, Riyad-Kahire 1403-1410/1983-1989, IV, 345; Leknevî, *Fevâid*, s. 94-95; Bağdatlı, *Hediyetü'l-ârifin*, I, 581; Brockelmann, *GAL Suppl.*, I, 637, 654; II, 268; Meragî, *Feth*, II, 136; Ziriklî, *A'lâm*, IV, 13-14; Kehhale, *Mucemü'l-müellifin*, II, 157-158; Beka, *Mucem*, II, 207-208; Fahrettin Atar, "Abdülaziz el-Buhârî", *DİA*, 1988, I, 186-187.

212 Vecihüddin el-Erzincanî Kars'ta doğmuştur. Maveraünnehir bölgesine giderek Sadrüşşeria'dan ders almıştır. Amasya'da medfun olduğu tahmin edilmektedir; bk. Kasım b. Kutluboğa, *Tâci't-terâcim*, s. 224; Kâtip Çelebi, *Keşfüz-zunûn*, I, 113; Bağdatlı, *Hediyetü'l-ârifin*, I, 794; Bursalı Mehmed Tahir (1344/1925), *Osmanlı Müellifleri*, İstanbul 1333-1342, I, 351; Ziriklî, *A'lâm*, V, 53; Kehhale, *Mucemü'l-müellifin*, II, 565; Beka, *Mucem*, III, 310-311.

213 Süleymaniye Ktp., Fatih, nr. 1247, müellif hattı, şurutul-kıyastan sonuna kadar, 726 tarihli, 270 vr.; Carullah Efendi, nr. 492, I. Cilt; 493, II. Cilt; Kâtip: Davud b. Ali el-Ankarî, tarih: 749, 1-263 vr.; nr. 494, I. Cilt; Kâtip: Davud b. Ali el-Ankarî, müellifinin hattından naklen, Erzincan'da yazılmış, tarih: 747, 1-227 vr.; Edirne Selimiye Ktp., nr. 550, 551.

214 bk. <http://www.ahlalhdeth.com/vb/showthread.php?t=139062> (erişim: 21/10/2017).

215 Fahreddin el-Çarperdi Azerbaycan'ın Arran bölgesinde bulunan Çarperdi beldesine mensuptur. Şafîî âlimdir. Tebriz'de ilim tahsil etmiş ve Kadı Beyzavî'den ders almıştır. Adududdin el-İcî ile münazaralar yapmıştır. Tebriz'de vefat etmiştir. Fıkıh, usûl, nahiv, sarf ve tefsir gibi alanlarda eserleri bulunmaktadır. Hocası Beyzavî'nin *Minhâc*'i üzerine yazdığı *es-Siracü'l-vehhâc Şerhu'l-Minhâc* adlı eseri matbudur. İbnü'l-Hacib'in *Muhtasarü'l-Münteha'sı* üzerine Şiâdan İbnü'l-Mutahhar el-Hillî'nin yaptığı *Gayetü'l-vusûl* adlı şerhe dair haşiyesinin bir yazması Süleymaniye Ktp., Fatih'te (nr. 1351/1) bulunmaktadır; bk. Sübkî, *Tabakât*, IX, 8-9; Cemaleddin Abdürrahim b. Hasan el-İsnevî (772/1370), *Tabakâtü's-Şafiyye*, nşr. Kemal Yusuf el-Hut, Beyrut 1407/1987, I, 189; Takıyyüddin Ebû Bekir b. Ahmed İbn Kadi Şühbe ed-Dımaşkı (851/1448), *Tabakâtü's-Şafiyye*, nşr. el-Hafız Abdülâlim Han, Beyrut 1407, III, 10-11; İbn Hacer, *Dürrer*, I, 142-143; Süyuti, *Buğye*, I, 303; İbnü'l-İmad, *Şezerat*, VIII, 256; Kâtip Çelebi, *Keşfüz-zunûn*, I, 112; II, 1879; Muhammed b. Ali eş-Şevkanî (1250/1834), *el-Bedrü't-tâli' bi-mehâsini men ba'de'l-karni's-sâbi'*, Beyrut: Darü'l-Marife, tsz., I, 47; Bağdatlı, *Hediyetü'l-ârifin*, I, 108; Brockelmann, *GAL*, I, 345, 370-371; II, 246; *Suppl.*, I, 532, 536, 679; Meragî, *Feth*, II, 152; Ziriklî, *A'lâm*, I, 111; Kehhale, *Mucemü'l-müellifin*, I, 124; Beka, *Mucem*, I, 108-109; Mehmet Şener, "Çarperdi", *DİA*, 1993, VIII, 230-231.

216 Musul yakınındaki Sincar beldesi ve Maveraünnehir'deki Hucend şehrine nisbet edilmiştir. Kak Azerbaycan'da bir yer ismi ya da Farsça kuru ekmeğin anlamında bir kelimedir. Kakî Tirmiz'de Abdülaziz el-Buhârî ve Hüsameddin es-Siğnaki gibi âlimlerden ders almıştır. Kırım'a, ardından Kahire'ye gitmiştir.

Bünyanü'l-vusûl fi şerhi'l-Usûl li'l-Pezdevî adlı eseri tez olarak çalışılmıştır.²¹⁷

11- Kıvamüddin Emir Kâtib (veya Lütfullah) b. Emir Ömer b. Emir Gazi el-Farabî el-Etkanî (veya el-İtkanî) el-Otrarî (685-758/1286-1357). Meşhur Hanefî âlimlerdendir.²¹⁸ *eş-Şamil Şerhu Usûli'l-Pezdevî* adlı geniş şerhi tez olarak çalışılmıştır.²¹⁹

12-Celeleddin b. Şemseddin el-Harizmî el-Kirlanî (767/1365). Hanefî fakih ve usûlcüdür.²²⁰ *eş-Şafi Şerhu Usûli'l-Pezdevî* adlı eseri doktora tezlerine paylaştıkları çalışılmıştır.²²¹

-
- Öğrencileri arasında Ekmeleddin Bâbertî ve Celeleddin Tebbanî bulunur. Kahire'de veba salgınında vefat etmiştir. Fıkıh ve usûlde eserleri vardır. *Câmiu'l-esrar fi şerhi'l-Menâr* adlı usûl eseri matbudur; bk. Kureşî, *Cevâhir*, IV, 294-295; İbn Hacer el-Askalânî, *Tabsirü'l-müntebih bi-tahriri'l-Müştebih*, nşr. Muhammed Ali en-Neccar-Ali Muhammed el-Bicavî, Beyrut: el-Mektebetü'l-İlmiyye, tsz., III, 1203; Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, II, 1824; Leknevî, *Fevâid*, s. 186; Bağdatlı, *Hediyetü'l-ârifin*, II, 155; Brockelmann, *GAL*, II, 253; *Suppl.*, II, 268; Meragî, *Feth*, II, 158; Ziriklî, *A'lâm*, VII, 36; Kehhale, *Mucemü'l-müellifin*, III, 621; Hüseyin Kayapınar, "Kaki", *DİA*, 2001, XXIV, 216.
- 217 Bu eser Camiatü'l-Ezher, Külliyyetü'd-Dirasatü'l-İslamiyye'de yüksek lisans tezlerinde tahkik edilmiştir (Edheman Temmam Ferrac Abdurrahman, 2007; Rehab Abdülhâlim Ahmed Ebû Taha, 2007; Ahmed Sa'd Yunus Muhammed, 2008; Emel Ali Ahmed Ali, 2010; Muhammed Fethi Seyyid Süleyman, 2011; Emire Sa'd Ali el-Burî, 2011).
- 218 Seyhun nehri kenarındaki Farab şehrine yakın Etkan beldesinde doğmuştur. Otrar Farab'ın diğer adıdır ya da Farab bölgenin, Otrar ise bu bölgenin merkezinin adıdır. Etkan, Nisabur ve Buhara gibi şehirlerde ilim tahsil ettikten sonra Dimaşk'a, sonra Mısır'a gitmiş ve kendisi için yaptırılan Sargıtmışiyye Medresesi'nde ders vermiştir. Ardından Bağdat'a giderek kadılık yapmış ve Meşhed-i Ebû Hanîfede ders vermiştir. Hanefî mezhebinin savunma ve mezhebin önemli kaynaklarını yazıp tashih etme konusunda büyük çaba sarfetmiştir. Fıkıh, usûl, nahiv, feraiz ve hesap alanlarında eserleri vardır. Usûle dair Ahsiketü'nin (644) *el-Müntehab*'ının şerhi olan *et-Tebyin şerhu'l-Müntehab* ve *Şerhu Takvîmî'l-edille* adlı eserleri matbudur. Etkanî'nin hayatı ve eserleri için bk. Safedî, *Âyanü'l-asr ve âvanü'n-nasr*, nşr. Ali Ebû Zeyd ve diğerleri, Beyrut 1418/1998, I, 622-627; Ebu'l-Fida İsmail b. Kesir ed-Dimaşkî (774/1373), *el-Bidaye ve'n-nihaye*, nşr. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türki, Cize 1418/1997, XVIII, 209; Kureşî, *Cevâhir*, IV, 128-129; İbn Hacer, *Dürer*, I, 493-496; Cemaleddin Yusuf b. Tağriberdî el-Atabekî (874/1470), *el-Menhelü's-safi ve'l-müstevfi bade'l-Vafi*, nşr. Muhammed Muhammed Emin, Kahire: el-Heyetü'l-Misriyyetü'l-amme li'l-kitab, tsz., III, 101-103; Kasım b. Kutluboğa, *Tâci't-terâcim*, s. 138-140; Süyutî, *Buğye*, I, 459-460; Temimî, *Tabakât*, II, 221-224; İbnü'l-İmad, *Şezerat*, VIII, 316-318; Şevkânî, *Bedr*, I, 158-159; Leknevî, *Fevâid*, s. 50-52; Brockelmann, *GAL*, I, 466; II, 95; *Suppl.*, I, 645; II, 87; Meragî, *Feth*, II, 174; Ziriklî, *A'lâm*, II, 14; Kehhale, *Mucemü'l-müellifin*, I, 398; Ahmet Akgündüz, "İtkanî", *DİA*, 2001, XXIII, 464-465.
- 219 Camiatü'l-Ezher'de yüksek lisans tezlerinde tahkik edilmiştir (Külliyetü's-Şeria: Ramazan es-Seyyid Muhammed Hatır, 2003; Külliyyetü'd-Dirasatü'l-İslamiyye: Atif Muhammed İd Yusuf, 2004; Ahmed Muhammed İzzet Hilmi, 2005; Mahkeme Mehdiin Muhammed, 2005; Ebû's-Suud Mahmud et-Tayrî, 2006).
- 220 Celeleddin el-Kirlanî Hüsameddin es-Siğnakî (714/1314) ve Abdülaziz el-Buhârî'den (730/1330) ders almıştır. Öğrencileri arasında Hafizüddin el-Bezzazî (827/1424) bulunur. Fıkıh ve usûlde eserleri vardır. *el-Kifaye fi şerhi'l-Hidâye* adlı eseri meşhurdur; bk. Kinalzade, *Tabakât*, III, 28, Leknevî, *Fevâid*, s. 58-59; Beka, *Mucem*, II, 19.
- 221 Dirase ve tahkik: Şafi b. Müzekkir es-Sübey'î, doktora tezi, el-Camiatü'l-İslamiyye (Medine), 1431/2010; Abdullah b. Selim ez-Zibyânî, doktora tezi, aynı üniversite, 1432/2011; Muhammed b. Avaz Revvas, doktora tezi, aynı üniversite, 1433/2012; Ali b. Reşid es-Saidî, doktora tezi, aynı üniversite, 1433/2012; Fayiz b. Himlan el-Azizî, doktora tezi, aynı üniversite, 1434/2013.

13-Nureddin Ali b. Ramazan b. Musa el-Buhârî (772/1371 sonrası). Hayatı hakkında malumat yoktur. *Fevaid (Şerh, Haşiye) ala Usûlü'l-Pezdevî* adlı eserinin yazması bulunmaktadır.²²²

14-Şemseddin Muhammed b. Mübarekşah el-Herevî (784/1382 sonrası). Hanefî âlimlerdendir. *Usûlü'l-Pezdevî*'nin şerhi olan *Tıbyanü'l-vusûl fi şerhi'l-Usûl* adlı eserinin yazması bulunmaktadır.²²³ Ancak bu eserin Muhammed b. Mübarekşah'a nisbeti şüphelidir.²²⁴

15-Ekmeleddin Muhammed b. Muhammed b. Mahmud el-Bâbertî er-Rumî el-Mısırî (714-786/1314-1384). Meşhur Hanefî âlimlerdendir.²²⁵ *et-Takrir fi şerhi Usûlü'l-Pezdevî* adlı eseri geniş bir şerh olup matbudur.²²⁶

16-Celaleddin Celal b. Ahmed b. Yusuf b. Tuğarslan et-Tebbanî es-Sîrî el-Acemî (793/1391). Hanefî âlimlerdendir. *Ta'lîka ala Usûlü'l-Pezdevî* (veya *Ta'lîka ala Şerhi'l-Erzincanî li-Usûlü'l-Pezdevî*) adlı eseri yarım kalmıştır.²²⁷

222 Süleymaniye Ktp., Fatih, nr. 1320, müellif hattı, tarih: 772, 285 vr., I. cilt.

223 İstanbul Üniversitesi Ktp., Arapça Yazmalar, nr. 3258.

224 Ayrıca fıkıh usûlüne dair *Medarü'l-fuhûl fi şerhi Menâri'l-usûl* ve bu eserin muhtasarı olan *Dairü'l-vusûl ila ilmi'l-usûl* adlı eserleri blunur; bk. Taşköprizade İsamüddin Ahmed b. Mustafa (968/1561), *eş-Şakaiku'n-numaniyye fi ulemai'd-Devleti'l-Osmaniyye*, Beyrut: Darü'l-Kitabî'l-Arabi, tsz., s. 200; Kâtip Çelebi, *Süllem*, III, 226; a.mlf., *Keşfü'z-zunûn*, II, 1825; Bağdath, *Hediyyetü'l-ârifin*, II, 229; Brockelmann, *GAL*, II, 212; Ziriklî, *A'lâm*, VII, 17-18; Susî, *Mucem*, s. 503; H. Bekir Karlığa, "Muhammed b. Mübarekşah", *DİA*, 2005, XXX, 559-560; Ferhat Koca, "Menâri'l-Envâr", *DİA*, 2004, XXIX, 118.

225 Bayburt'a nisbetle Bâbertî, Anadolu'ya nisbetle Rumî ve yaşadığı Mısır'a nisbetle Mısırî denilmiştir. Bağdat'a yakın Bâbertâ köyüne nisbet edildiği de söylenmiştir. Şemseddin İsfahani ve Kıvamüddin Kakî'den ders almıştır. Öğrencileri arasında Seyyid Şerif Cürcanî ve Molla Fenari bulunur. Memlük Sultanı Zahir Berkuk kendisine çok hürmet gösterirdi. Kahire'de vefat etmiş ve ders verdiği Şeyhuniyye Hankahı'na defnedilmiştir. Bununla birlikte Bayburt'a da bir mezar kendisine atfedilmektedir. Fıkıh, usûl, akaid, belagat, nahiv ve tefsir alanlarında kırkdan fazla eseri vardır. *el-İnaye fi şerhi'l-Hidâye* adlı eseri meşhurdur. Usûle dair *er-Rudud ve'n-nukud Şerhu Muhtasari İbni'l-Hacib ve el-Envâr fi şerhi'l-Menâr* adlı eserleri ve Hanefî mezhebinin tercihi üzerine yazdığı *en-Nüketü'z-zarife* (veya *tarife*) *fi tercihi mezhebi Ebî Hanife* adlı bir risalesi bulunmaktadır. Hayatı ve eserleri için bk. İbn Hacer, *Dürer*, VI, 1; İbn Tağriberdî, *en-Nücumü'z-zahire fi muluki Mısır ve'l-Kahire*, Kahire: Vezaretü's-Sekafe, tsz., XI, 302-303; Kasım b. Kutluboğa, *Tâcü't-terâcim*, s. 276-277; Süyûtî, *Buğye*, I, 239-240; Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, II, 1854; İbnü'l-İmad, *Şezerat*, VIII, 504-505; Leknevî, *Fevâid*, s. 195-196; Bağdath, *Hediyyetü'l-ârifin*, II, 171; Brockelmann, *GAL*, I, 443, 460, 466-467; II, 97, 250; *Suppl.*, I, 285, 287, 508, 538, 637; II, 89-90; Meragî, *Feth*, II, 201; Ziriklî, *A'lâm*, VII, 42; Kehhale, *Mucemü'l-müellifin*, III, 699; Sezgin, *GAS*, I, 138, 411, 412, 417, 427, 442; Arif Aytekin, "Bâbertî", *DİA*, 1991, IV, 377-378.

226 nşr. Abdüsselam Subhi Hamed-Hamdi Subhi Taħa, I-VIII, Kuveyt 1426/2005.

227 Kahire'de bulunan Tebbane mahallesine nisbet edilmiştir. Aslen Bilad-i Rum'da Sire (muhtemelen Tire) adlı yere mensuptur. Kıvamüddin Kakî ve Emir Kâtip Etkanî'den ders almıştır. Birçok kez Mısır kadil-kudathı teklifini reddetmiştir. Sargıtmışiyye ve Olcayhiyye gibi medreselerde ders vermiştir. Kahire'de vefat etmiştir. Fıkıh, usûl, hadis ve belagat alanlarında eserleri vardır. Usûle dair *Minhâcü'ş-şeria (Şerhu Menâri'l-Envâr)*, *Şerhu Muhtasari İbni'l-Hacib*, *Muhtasar fi tercihi'l-İmam Ebû Hanife* ve *Risale fi'l-fark beyne'l-farzi'l-ameli ve'l-vacib* gibi eserleri bulunmaktadır; bk. İbn Hacer, *Dürer*, II, 97-99; İbn Tağriberdî, *Menhel*, V, 3-6; Kasım b. Kutluboğa, *Tâcü't-terâcim*, s. 148-149; Süyûtî, *Buğye*, I, 488; Temimî, *Tabakât*,

17-Şihabeddin Ahmed b. Ömer ed-Devletabadî el-Hindî (849/1445). Hintli Hanefî âlimlerdendir. *Şerhu Usûli'l-Pezdevî* adlı eseri emir bahsine kadardır.²²⁸

18-Bahaeddin Muhammed b. Ahmed b. Muhammed İbnü'z-Ziya es-Saganî el-Hindî el-Mekkî (789-854/1387-1450). Hint asıllı Hanefî bir âlim olup Mekke'de yaşamış ve Mekke kadılığı yapmıştır. *Şerhu Usûli'l-Pezdevî* adlı eserinde kıyas bahsine kadar gelmiştir.²²⁹

19-Alaeddin Ali b. Mahmud b. Muhammed b. Mes'ud el-Bistamî eş-Şahrudî el-Herevî er-Razî, Musannifek (803-875/1401-1470). Fatih devri Osmanlı âlimlerindendir. *et-Tahrir şerhu Usûli'l-Pezdevî* adlı eseri yarım kalmıştır. Yazması bulunmaktadır.²³⁰ Taşköprizade bu eserini 850'de (1446-47) telif ettiğini belirtmiştir. İbnü'l-İmad (1089/1679) ve Meragî'nin *Haşiye ala Şerhi'l-Pezdevî*'yi Musannifek'e atfetmeleri bir dikkatsizlik eseri olmalıdır.²³¹

III, 248; Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, I, 113; II, 1824; İbnü'l-İmad, *Şezerat*, VIII, 561; Bağdatlı, *İzâhu'l-meknûn*, II, 554; a.mlf. *Hediiyetü'l-ârifin*, I, 367-368; Meragî, *Feth*, II, 208; Zirikli, *A'lâm*, II, 132; Kehhale, *Mucemü'l-müellifin*, I, 327, 500; Beka, *Mucem*, II, 17-18.

228 Bu zat Hindistan'da Devletabad şehrinde doğmuştur. Hindistan'da doğu bölgesinin kadılıkudatı olmuştur. Jaunpur'da vefat etmiştir. Usûl, akaid, nahiv, belagat ve edebiyat alanlarında Arapça ve Farsça eserleri vardır; bk. Bağdatlı, *Hediiyetü'l-ârifin*, I, 127; Abdülhay b. Fahreddin et-Talibî el-Hasenî (1341/1923), *Nüzhetü'l-havâtir ve behcetü'l-mesami' ve'n-nevazir: el-İ'lâm bi-men fi tarihi'l-Hind mine'l-a'lâm*, Beyrut 1420/1999, III, 233; Kehhale, *Mucemü'l-müellifin*, I, 216; Beka, *Mucem*, II, 135.

229 Dedesinin lakabı Ziyaeddin olduğundan İbnü'z-Ziya nisbesiyle tanınır. Mekke'de doğmuştur. Mekke ve Kahire'de ilim tahsil edip babasından, Kariü'l-Hidâye ve İbn Hacer el-Askalanî'den ders almıştır. Mekke kadısı olan babasına naiplik yapmış ve onun vefatından sonra kadı olmuştur. Mekke'de vefat etmiştir. Fıkıh, usûl ve tefsir alanlarında eserleri vardır; bk. İbn Tağriberdî, *Havâdisü'd-dühur fi meda'l-eyyami veş-şuhur*, Beyrut 1410/1990, I, 303; Şemseddin Ebu'l-Hayr Muhammed b. Muhammed es-Sehavî (902/1497), *ed-Dav'ü'l-lâmi' li-ehli'l-karni't-tâsi'*, Beyrut: Darü Mektebeti'l-hayat, tsz., VII, 84-85; Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, I, 90; Bağdatlı, *Hediiyetü'l-ârifin*, II, 197; Brockelmann, *GAL*, I, 477; II, 225; *Suppl.*, I, 289; II, 222; Meragî, *Feth*, III, 34-35; Zirikli, *A'lâm*, V, 332; Kehhale, *Mucemü'l-müellifin*, III, 106-107; Saffet Köse, "İbnü'z-Ziya el-Mekkî", *DİA*, 2000, XXI, 248.

230 Süleymaniye Ktp., Fatih, nr. 1324.

231 Musannifek Horasan'da Bistam'a yakın Şahrud köyünde doğmuştur. Küçük yaşta eser telif etmeye başladığından Musannifek (küçük musannif) lakabıyla anılmıştır. Hanefî âlimlerdendir. Fahreddin Razî'nin soyundandır. 812'de Herat'a giderek Teftâzânî'nin öğrencilerinden ders aldı. Yine bu bölgede Şafii ve Hanefî fikhını tahsil etti. 842'de Konya'ya gelerek müderrislik yaptı. Sonra Bursa Sultaniyye Medresesi'nde ders verdi. Fatih'in Sadrazamı Mahmud Paşa'nın daveti üzerine İstanbul'a geldi. 867'de Fatih'le birlikte Bosna seferine katıldı. İstanbul'da vefat etti ve Eyüp'te defnedildi. Muhtelif ilimlerde Arapça ve Farsça 25 civarında eseri vardır. Usûle dair *Haşiye ale't-Telvih* adlı bir eseri daha bulunmaktadır. Hayatı ve eserleri için bk. Taşköprizade, *Şakaik*, s. 100-102; Kâtip Çelebi, *Süllem*, II, 390-391; a.mlf., *Keşfü'z-zunûn*, I, 113, 497; II, 2014; İbnü'l-İmad, *Şezerat*, IX, 476-477; Leknevî, *Fevâid*, s. 192-194; Bağdatlı, *Hediiyetü'l-ârifin*, I, 735; Brockelmann, *GAL*, II, 234; *Suppl.*, II, 329; Meragî, *Feth*, III, 45-46; Zirikli, *A'lâm*, V, 9; Kehhale, *Mucemü'l-müellifin*, II, 530-531; Beka, *Mucem*, III, 292-293; M. Kamil Yaşaroğlu, "Musannifek", *DİA*, 2006, XXXI, 239-240.

20-Sadeddin b. Kadı Buddehn²³² b. Şeyh Muhammed el-Kidvaî el-Hayrabadî (882/1477). Hintli Hanefî âlimlerdendir. *Şerhu Usûli'l-Pezdevî* adlı bir eseri olduğu bildirilmiştir.²³³

21-Alaeddin Allahdad b. Abdullah el-Cunburî (923/1517). Hindistan'ın meşhur âlimlerindendir. *Şerhu Usûli'l-Pezdevî* adlı bir eseri bulunmaktadır.²³⁴ Abdülhay el-Leknevî (1304/1886) bu şerhi gördüğünü ifade etmektedir.²³⁵

22-Vecihüddin b. Nasrullah (veya Abdurrahman) b. İmadeddin el-Alevî el-Guceratî el-Hindî (911-998/1505-1590). Hindistanlı Hanefî fakih ve usûlcüdür.²³⁶ *Şerh* (veya *Haşiye alâ*) *Usûli'l-Pezdevî* adlı eserinin yazma nüshası bulunmaktadır.²³⁷

23-Ebu'l-Münteha Ahmed b. Mehmed (Muhammed) el-Mağnisavî (1000/1591). Osmanlı âlimlerinden olup kıraat, kelâm ve usûle dair eserleri bulunmaktadır.²³⁸ *Şerhu Usûli'l-Pezdevî* adlı eserinin yazma nüshası bulunmaktadır.²³⁹

24-Bahru'l-ulum Abdülalî Muhammed b. Nizameddin Muhammed b. Kutbeddin el-Leknevî (1144-1225/1731-1810). Hintli Hanefî fakih, usûlcü ve mantıkçıdır. *Şerhu Usûli'l-Pezdevî* adlı bir eseri bulunmaktadır.²⁴⁰ Muhibbullah b. Abdüş-

232 Hasenî tarafından bu şekilde zaptedilmiştir; bk. *Nüzhe*, III, 240.

233 Sadeddin el-Hayrabadî nahiv, fıkıh, usûl ve tasavvufta söz sahibidir. Babası Hayrabad'da kadıydı. Leknev'de bir süre şeyhlik yaptıktan sonra Hayrabad'a taşınmış ve burada bir hankah yaptırmıştır. Usûl ve nahiv alanında eserleri bulunur. Ahsiketi'nin *Müntehab*'i üzerine *Şerhu'l-Hüsami* adında bir eseri bulunmaktadır; bk. Gulam Ali Azad el-Beligramî (1220/1785), *Sübhatü'l-mercan fi asari Hindustan*, nşr. Muhammed Said et-Tureyhi, Beyrut-Bağdad, 2015, s. 93; Bağdatlı, *Hediyetü'l-ârifin*, I, 385-386; Hasenî, *Nüzhe*, III, 252; Beka, *Mucem*, II, 119.

234 Alaeddin el-Cunburî Cunbur (Jaunpur) şehrinde doğmuş ve yetişmiştir. İlmiyle meşhur olmuş, ders ve fetva vermekle meşgul olmuştur. Usûl, fıkıh, nahiv ve tefsir alanlarında eserleri vardır. *Usûlü'ş-Şaşi* üzerine yazdığı *Fusûlü'l-gavaşi* adında haşiyesi bulunmaktadır. Hayatı ve eserleri için bk. Muhammed Siddık Han el-Kannevci (1307/1890), *Ebcedü'l-ulum*, Beyrut 1423/2002, s. 696; Hasenî, *Nüzhe*, IV, 312; Beka, *Mucem*, I, 276-277.

235 Leknevî, *Fevâid*, s. 124. Eserde "Allahdad ve'l-Cunfuri" ibaresinde geçen "ve" harfi yanlışlıkla ilave edilmiştir; bk. a.y. Doğrusu "Allahdad el-Cunfuri" olmalıdır; zira "Cunfur" ve "Cunbur" aynı yerin adının farklı şekillerde yazılmasından ibarettir.

236 Gucerat'ta eğitimini tamamlamış ve burada yaşamıştır. Usûl ve diğer alanlarda Arapça ve Farsça birçok eseri vardır. *Hâşiye ale't-Telvih* adlı bir eseri bulunmaktadır. Hayatı ve eserleri için bk. Kannevci, *Ebced*, s. 697-698; Hasenî, *Nüzhe*, IV, 442-443; Brockelmann, *Suppl.*, II, 605; Zirikli, *A'lâm*, VIII, 110; Kehhale, *Mucemü'l-müellifin*, IV, 71.

237 Princeton University Library, Islamic Manuscripts, nr. 869 (5372).

238 Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, II, 1287; Bağdatlı, *Hediyetü'l-ârifin*, I, 162; Bursalı, *Osmanlı Müellifleri*, I, 228; Zirikli, *A'lâm*, I, 234-235;

239 Antalya Elmalı İlçe Halk Ktp., nr. 70, müstensih: Mehmed b. Nasuh, tarih: 1707, 151b-171b vr.

240 Bahru'l-ulum el-Leknevî babasından ve başka âlimlerden ders almıştır. Leknev Frengi-mahal medresesinde, Şahcihanpur, Rampur ve Madras'ta ders vermiştir. Madras'ta vefat etmiştir. Usûl, fıkıh ve mantıkla ilgili eserleri bulunmaktadır. *Fevatihü'r-rahamut şerhu Müsellemi's-sübut* adlı usûl eseri meşhur ve matbudur. Usûle dair başka eserleri de vardır; bk. Kannevci, *Ebced*, s. 717; Bağdatlı, *Hediyetü'l-ârifin*, I, 586-587; Hasenî, *Nüzhe*, VII, 1021-1023; Brockelmann, *GAL Suppl.*, II, 624-625; Meragî, *Feth*, III, 132; Zirikli, *A'lâm*, VII, 71; Kehhale, *Mucemü'l-müellifin*, III, 669; Beka, *Mucem*, II, 215-216; Metin Yurdagür, "Bahrülulum el-Leknevî", *DİA*, 1991, IV, 518-519.

şekur el-Biharî'nin (1119/1707) *Müsellemü's-sübut'u* üzerine yazdığı *Fevatihü'r-rahmut* adlı şerhinde *Usûlü'l-Pezdevî*'nin bazı ibarelerini açıklamıştır.²⁴¹

B. Diğer Çalışmalar

1. Hüsameddin Muhammed b. Muhammed b. Ömer el-Ahsîketî (644/1247). Maveraünnehir bölgesinde bulunan Ahsîket (veya Ahsîkes) şehrine mensuptur. Hanefî fakihdir. Buharâ'da medfundur.²⁴² *el-Müntehab fi usûli'l-mezheb* adlı meşhur muhtasarının birçok baskısı vardır.²⁴³ Müellifinin adına nisbetle *el-Müntehabü'l-Hüsamî* veya kısaca *el-Hüsamî* adıyla da anılır. Bu eser üzerine birçok şerh yazılmıştır. Bu muhtasar incelendiğinde onun *Usûlü'l-Pezdevî*'nin bir özeti olduğu açıkça görülmektedir.

2. Celaleddin Ömer b. Muhammed b. Ömer el-Hucendî el-Habbazî (691/1292). Semerkand yakınlarında Hucend'de doğmuştur. Harizm, Bağdat ve Dımaşk'ta müderrislik yapmıştır. Fıkıh ve usûle dair eserleri bulunmaktadır.²⁴⁴ *el-Muğni fi usûli'f-ikh (fi'l-usûl, Kitâbü'l-Muğni)* adlı usûl muhtasarı matbudur.²⁴⁵ Bu muhtasarın birçok şerhi bulunmaktadır.²⁴⁶ *el-Muğni* incelendiğinde onun Serahsî ve Pezdevî'nin usûle dair eserlerinin bir özeti olduğu açıkça görülmektedir.

3-Muzafferüddin Ahmed b. Ali b. Tağlib, İbnü's-Saatî (651-694/1254-1295). Hanefî fakih, usûlcü, edebiyatçı ve hattattır. *Nihayetü'l-vusûl ila ilmi'l-usûl* adlı eseri tez olarak çalışılmış olup matbudur.²⁴⁷ Bu eser *Bedü'n-nizam el-câmi' beyne Usûli'l-Pezdevî ve'l-İhkâm* adıyla da anılır. Ancak müellifin eserine verdiği ad öncedir. Eserinin girişinde müellif Amidî ve Pezdevî'nin metotlarını, başka bir ifadeyle fukaha ve mütekellimîn yöntemlerini cemetmeye çalıştığını ifade etmiştir. Memzuc (karma) metotla yazılan ilk usûl çalışmalarından sayılan bu eser üzerine

241 *Fevatihü'r-rahmut*, nşr. Abdullah Mahmud Muhammed Ömer, Beyrut 1423/2002, I, 7.

242 Kureşî, *Cevâhir*, III, 334; Kasım b. Kutluboğa, *Tâcü't-terâcim*, s. 245-246; Kınalızade, *Tabakât*, II, 189-190; Ali el-Karî, *Esmar*, II, 728; Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, II, 1848-1849; Leknevî, *Fevâid*, s. 188; Bağdatlı, *Hediyetü'l-ârifin*, II, 123; Brockelmann, *GAL*, I, 474; *Suppl.*, I, 654; Zirikli, *A'lâm*, VII, 28; Kehhale, *Mucemü'l-müellifin*, III, 663; Susî, *Mucem*, s. 509-510; Mustafa Uzunpostalcı, "Ahsîketi", *DİA*, 1989, II, 181.

243 Delhi 1326; nşr. Ahmed el-Avazî, Beyrut 2005.

244 Zehebî, *Târihi'l-İslam*, XV, 726; Kureşî, *Cevâhir*, II, 668-669; Kasım b. Kutluboğa, *Tâcü't-terâcim*, s. 220-221; Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, II, 1749-1750; Leknevî, *Fevâid*, s. 151; Brockelmann, *GAL*, I, 476; *Suppl.*, I, 657; Meragî, *Feth*, II, 79; Zirikli, *A'lâm*, V, 63; Kehhale, *Mucemü'l-müellifin*, II, 576-577; Beka, *Mucem*, III, 316-320; Susî, *Mucem*, s. 385-386; Mahmud Rıdvanoglu, "Habbazi", *DİA*, 1996, XIV, 342-343.

245 nşr. Muhammed Mazhar Beka, Mekke 1403/1983.

246 Bu şerhler için bk. Beka, *Mucem*, III, 316-320.

247 Dirase ve tahkik: Mehmet Akkaya, *Camiatü'l-Ezher, Külliyyetü'ş-Şeria ve'l-Kanun*, doktora tezi, 1402/1982; nşr. Sâd Gureyr, *Camiatü' Ümmü'l-kura*, I-II, 1418-1419, matbu doktora tezi.

birçok şerh yazılmıştır.²⁴⁸ Genellikle, iki telif yöntemini cemedan ilk, öncü eser olarak bilir.

4-Hafızuddin Ebu'l-Berekât Abdullah b. Ahmed b. Mahmud en-Neseffî (710/1310). Meşhur Hanefî âlimlerdendir. Tefsir, fıkıh, usûl ve kelâmıla ilgili eserleri bulunmaktadır. *Menârü'l-envar* adlı Hanefî usûlüne dair meşhur metni Pezdevî ve Serahsî'nin usûle dair eserlerinin özeti olup birçok baskısı vardır.²⁴⁹ *Menar* metni medreselerde ders kitabı olarak okutulup ezberlenmiş, üzerine şerh, haşiye, ihtisar, nazma çekme vb. pek çok çalışma yapılmıştır.²⁵⁰

5-Sadrüşşeria Ubeydullah b. Mes'ud b. Tacüşşeria Mahmud el-Mahbubî el-Buhârî (747/1346). Buhara'da bir ulema ailesine mensup meşhur Hanefî âlimlerdendir. Memzuc metotla yazılan *et-Tenkîh* (*Tenkîhü'l-usûl*) adlı meşhur metinde öncelikle Pezdevî'nin *Usûl*'ünü esas almış, sonra ona Fahreddin Razî'nin (606/1210) *Mahsul*'ü ve İbnü'l-Hacib'in (646/1248) *Muhtasar*'ından ilavelerde bulunmuştur.²⁵¹ Müellifin kendi eseri üzerine yazdığı *et-Tavzîh Şerhu't-Tenkîh* adlı şerh kısa olduğu için metinle birlikte tek eser gibi görülmüş ve üzerine birçok şerh, haşiye vb. çalışma yapılmıştır. Bu eser medreselerde okutulan en meşhur metinlerden biri haline gelmiştir. *Tenkîh*, müellifinin şerhi *Tavzîh* ve Teftâzânî'nin *Telvih* haşiyesiyle birlikte çok defa basılmıştır.²⁵²

248 Astronomi ve saatçilikle meşgul olan İbnü's-Saati'nin babası Bağdat'ta Müstansiriyye Medresesi'nin kapısındaki büyük saatleri yapmıştır. İbnü's-Saati Bağdat'ta doğmuş ve yetirmiştir. Şemseddin el-İsfahani kendisini İbnü'l-Hacib'den üstün tutardı. Zerkeşi, zamanında usûl-i fıkhı en iyi bilen kişi olduğunu ifade etmiştir. Bağdat'ta Müstansiriyye Medresesi'nde ders vermiştir. Fıkıh ve usûle dair eserleri vardır; bk. Kureşi, *Cevâhir*, I, 208-212; Kasım b. Kutluboğa, *Tâcü't-terâcim*, s. 95; Kınalızade, *Tabakât*, III, 10-13; Temimi, *et-Tabakâtü's-seniyye*, I, 462-464; Ali el-Kari, *Esmar*, I, 325; Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, I, 235-236; Leknevi, *Fevâid*, s. 26-27; Bağdatlı, *Hediyetü'l-ârifin*, I, 100-101; Brockelmann, *GAL*, I, 477; *Suppl.*, I, 658; Meragî, *Feth*, II, 94-95; Zirikli, *A'lâm*, I, 175; Kehhale, *Mucemü'l-müellifin*, I, 199-200; Beka, *Mucem*, I, 171; Ahmet Özel, "İbnü's-Saati, Muzafferüddin", *DİA*, 2000, XXI, 190-192.

249 Delhi 1287; Bulak 1298; İstanbul 1315, 1326.

250 Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, II, 1823-1827; Bağdatlı, *İzâhu'l-meknûn*, II, 554-555; Beka, *Mucem*, III, 9-32; Ferhat Koca, "Menârü'l-Envâr", *DİA*, 2004, XXIX, 118-119. Hafızuddin en-Neseffî günümüzde Özbekistan'da bulunan Neseffî (Karşı) mensuptur. Buhara'da Hamidüddin ed-Darir ve Hahezade Bedreddin el-Kerderîden ders almıştır. Buhara ve Kirman'da ders vermiştir. Kendisinden Sığnakî ve Muzafferüddin İbnü's-Saati ders almıştır. 710'da Bağdat'a gelmiş, aynı yıl Bağdat'tan memleketine dönerken bugün İranda yer alan Huzistan eyaletinin İzec (bugünkü Malülemer) şehrinde vefat etmiş ve oraya defnedilmiştir. *Menârü'l-Envâr* üzerine yazdığı *Keşfü'l-esrâr şerhu'l-Menâr* adlı eseri meşhur ve matbudur. Ayrıca yine *Menâr* metni üzerine *el-Münevvir* (veya *en-Nur*) fi şerhi'l-Menâr adlı yazdığı kısa bir şerhi daha bulunmaktadır. Ahsiketî'nin *Müntehabı*' üzerine iki şerh yazmıştır. Neseffî'nin hayatı ve eserleri için bk. Kureşi, *Cevâhir*, II, 294-295; Kasım b. Kutluboğa, *Tâcü't-terâcim*, s. 174-175; Leknevi, *Fevâid*, s. 101-102; Brockelmann, *GAL*, I, 475; II, 250-253; *Suppl.*, I, 644, 761, 764; II, 263-268; Meragî, *Feth*, II, 108; Zirikli, *A'lâm*, IV, 67-68; Kehhale, *Mucemü'l-müellifin*, II, 228; Murteza Bedir, "Neseffî, Ebü'l-Berekat", *DİA*, 2006, XXXII, 567-568.

251 Sadrüşşeria, *Tenkîh* (*Tavzîh* ve *Telvih*'le birlikte), Kahire: Mektebetü Subeyh, tsz., I, 10-11.

252 Sadrüşşeria kelâm, fıkıh, usûl, dil, felsefe, astronomi ve tabiat bilimleri gibi birçok alanda söz sahibidir.

6-Şemseddin Muhammed b. Hamza b. Muhammed el-Fenarî (Molla Fenarî) (751-834/1350-1431). Meşhur Osmanlı âlimlerindedir. Matbu olan *Fusûlü'l-bedâi' fî usûliş-şerâi'*²⁵³ adlı eserinin başlangıcında *Usûlü'l-Pezdevî* başta olmak üzere *Mahsul*, *Muhtasarü İbni'l-Hacib* ve başka birçok usûl eserinin meselelerini tahkik ettiğini belirtmiştir.²⁵⁴ Bazı kaynaklarda *Şerhu Usûlü'l-Pezdevî* adıyla zikredilen eseri ise aslında *Şerhu dibaceti Usûlü'l-Pezdevî* olup *Usûlü'l-Pezdevî*'nin sadece başlangıç kısmı üzerine yapılan bir şerhtir.²⁵⁵

7-Kasım b. Kutluboğa (879/1474). Allâme lakabıyla meşhur, Hanefî fakih, usûlcü ve muhaddistir.²⁵⁶ *Usûlü'l-Pezdevî*'nin hadislerinin tahririni yapmıştır. Sahasında ilk ve tek olan bu çalışma *Usûlü'l-Pezdevî*'nin yukarıda bilgileri verilen iki müstakil neşriyle birlikte neşredilmiştir. Müellifin bu eserinde 1000'den fazla hadisin tahririni yaptığını ifade eden Sâid Bekdaş'ın neşri daha düzgün olmakla

Hanefî fıkının meşhur metinlerinden *Vikaye* dedesi tarafından kendisinin ezberlemesi için yazılmıştır. Bir dönem Herat'ta yaşayan Sadrüşşeria daha sonra Buhara'ya dönmüş ve orada vefat etmiştir. Fıkıh, usûl, mantık, kelâm, astronomi, tasavvuf ve belagat alanlarında eserleri vardır; bk. Kureşî, *Cevâhir*, IV, 369-370; Kasım b. Kutluboğa, *Tâci't-terâcim*, s. 203; Temimi, *Tabakât*, IV, 429-430; Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, I, 496-499; Leknevi, *Fevâid*, s. 109-112; Bağdatlı, *Hediyetü'l-ârifîn*, I, 649-650; Brockelmann, *GAL*, II, 213-214; *Suppl.*, II, 300-301; Meragî, *Feth*, II, 155; Ziriklî, *Alâm*, IV, 197-198; Kehhale, *Mucemü'l-müellifin*, II, 355; Beka, *Mucem*, III, 146-163; Şükrü Özen, "Sadrüşşeria", *DİA*, 2008, XXXV, 427-431; a.mlf., "Tenkihu'l-usûl", *DİA*, 2011, XL, 454-458.

253 I-II, İstanbul 1289; nşr. Muhammed Hüseyin İsmail, I-II, Beyrut 1427/2006.

254 Molla Fenarî, *Fusûlü'l-bedâi'*, nşr. Muhammed Hüseyin İsmail, I, 7-8.

255 Maveraünnehir veya Bursa yakınlarındaki Fenar adlı beldeye ya da babasının fenercilik mesleğine nisbet edildiği belirtilmiştir. Babasından ve İznik'te Alaeddin Esved'den, Amasya'da Cemaleddin Aksarayî'den, ardından Mısır'da Seyyid Şerif Cürcanî'yle birlikte Bâbertî gibi âlimlerden ders almıştır. Kahire'de İbn Hacer'e icazet vermiştir. Osmanlı Devleti'nde Yıldırım Bayezid ve Çelebi Mehmet dönemlerinde müderris ve Bursa kadısı olmuştur. II. Murad tarafından şeyhülislamlık makamının bulunmadığı dönemde ona denk sayılan müftülük makamına tayin edilmiştir. Bursa'da yaptırdığı caminin yanında medfundur. İbnü'l-Hacib'in *Muhtasarü* üzerine Adududdin İcî *Şerh*'ini yirmi kez okuttuğu belirtilmiştir. Öğrencileri arasında Muhyiddin el-Kâfiyeci bulunur. Usûl, mantık, tefsir, feraiz ve kelâm alanlarında eserleri vardır; bk. Takıyyüddin Ahmed b. Ali el-Makrizî (845/1442), *es-Sülûk li-mârifeti düveli'l-mülûk*, nşr. Muhammed Abdülkadir Ata, Beyrut 1418/1997, VII, 8, 9; İbn Hacer, *İnbâü'l-gumr bi-ebnâi'l-umr*, nşr. Hasan Habeşi, Kahire 1389/1969, III, 464-465; a.mlf., *Tabzir*, III, 1155; Süyutî, *Buğye*, I, 97-98; Taşköprizade, *Şakaik*, s. 17-21; İbnü'l-İmad, *Şezerat*, IX, 304; Leknevi, *Fevâid*, s. 166-167; Bağdatlı, *Hediyetü'l-ârifîn*, II, 188; Brockelmann, *GAL*, II, 303-304; *Suppl.*, II, 328-329; Meragî, *Feth*, III, 30; Ziriklî, *Alâm*, VI, 110; Kehhale, *Mucemü'l-müellifin*, III, 269-270; İbrahim Hakkı Aydın, "Molla Fenarî", *DİA*, 2005, XXX, 245-247.

256 Tam adı Kasım b. Kutluboğa b. Abdullah, Ebu'l-Adl ve Ebu'l-Fida Zeyneddin (Şerefeddin) es-Sudunî el-Cemalî el-Mısri'dir (802-879/1400-1474). Babasını azad eden Saltanat Naib'i Sudun'a nisbet edilmiştir. Kahire'de doğmuştur. İzzeddin İbn Cema, İbn Hacer, Kariü'l-Hidâye ve başka birçok âlimden ders almış, İbnü'l-Hüma'ma uzun süre mülazemet etmiştir. Çok sayıda öğrenci yetiştirmiştir. Usûl, hadis, fıkıh, kelâm, mantık ve sarf gibi birçok ilim dalında yüzden fazla eseri vardır; Sehavî, *ed-Dav'ü'l-lâmi'*, VI, 184-190; Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, I, 499; II, 1825, 2006; Leknevi, *Fevâid*, s. 90; Bağdatlı, *Hediyetü'l-ârifîn*, I, 830-831; Brockelmann, *GAL*, I, 469; II, 224; *Suppl.*, I, 296, 362, 611-612, 635, 638, 658; II, 90, 92, 93, 264; Meragî, *Feth*, III, 48; Ziriklî, *Alâm*, V, 180; Kehhale, *Mucemü'l-müellifin*, II, 648; Talat Sakallı, "İbn Kutluboğa", *DİA*, 1999, XX, 152-154.

birlikte hadislerin kaynaklarındaki yerleri tespit edilmemiştir. Kanaatimizce bu önemli bir eksikliktir. Bu eserin müstakil ve daha geniş bir neşri de yapılmıştır.²⁵⁷

8-Muhammed b. Feramuz b. Ali er-Rumî, Molla Hüsrev (800-885/1398-1480). Meşhur Osmanlı âlimi ve şeyhülislamdır.²⁵⁸ *Şerhu Usûli'l-Pezdevî* adıyla kendisine nisbet edilen eser aslında Pezdevî'nin eserinin mukaddime kısmı üzerine yazılmış olup bir risale hacmindedir. Bu eser bir makalede neşredilmiştir.²⁵⁹

C. Değerlendirme

Burada zikredilen toplam 32 müellife ait muhtelif çalışmalar içinde fevaid, haşiye gibi adlarla anılsa da şerh türünden sayılabilecek 26 eser bulunmaktadır. Bu şerhlerden Tebbanî (793/1391), Devletabadî (849/1445), İbnü'z-Ziya el-Mekkî (854/1450) ve Musannifek'in (875/1470) eserleri yarım kalmıştır. Molla Fenari (834/1431) ve Molla Hüsrev'in (885/1480) eserleri ise *Usûlü'l-Pezdevî*'nin dibace/mukaddimesinin şerhidir. Ahsîketî (644/1247), Habbazî (691/1292), İbnü's-Saatî (694/1295), Nesefî (710/1310) ve Sadrüşşeria'nın (747/1346) telif ettiği muhtasar/metinlerle Molla Fenari'nin *Fusûlü'l-bedâi'* adlı eseri ise kaynak olarak Pezdevî'den faydalanmış ve önemli ölçüde ona dayanmış eserlerdendir. *Usûlü'l-Pezdevî* üzerine yapılan bu çalışmalardan 23'ünün günümüze ulaştığını tespit edebildik. Geriye kalan çalışmaların, özellikle geç dönemde Hint coğrafyasında telif edilen eserlerin henüz düzgün biçimde kataloglanmayan ya da ulaşamadığımız kütüphanelerde mevcut olduğunu tahmin etmekteyiz.

257 nşr. Muhammed Edib Salih-Abdullah Kuheylian, Riyad 1434/2013, 520 sayfa. Bu eser üzerine lisanüstü çalışmalar da yapılmıştır; bk. Pezdevî, *Usûl*, nşr. Sâid Bekdaş, naşirin girişi, s. 82-83.

258 Küçükken babası vefat edince enişesi Hüsrev'in himayesinde büyüdüğü için Molla Hüsrev lakabıyla meşhur olmuştur. Bursa ve Edirne'de bulunan Yusuf Bali ve Haydar Herevî gibi âlimlerden ders almıştır. Edirne'de müderrislik yapmıştır. Fatih devrinde kazasker, sonra şeyhülislam olmuştur. Fatih'in kendisine çok saygı gösterdiği ve zamanın Ebû Hanîfe'si olduğunu söylediği nakledilir. Sahn-ı Seman medreselerinin programını yapan âlimlerden birisidir. Öğrencileri arasında Zenbilli Ali Efendi ve Fenarîzade Hasan Çelebi gibi âlimler bulunur. İstanbul Fatih'te üç cami yaptırmıştır. İstanbul'da vefat etmiş, Bursa'daki medresesine defnedilmiştir. Fıkıh, usûl, belagat ve tefsirle ilgili eserleri vardır. Fıkıh usûlüne dair telif ettiği *Mirkatü'l-vusûl ila ilmi'l-usûl* adlı muhtasar metin ve onun şerhi *Mirâtü'l-usûl* meşhur ve matbudur. Usûle dair başka eserleri de bulunmaktadır; bk. Sehavî, *Dav*, VIII, 279; Taşköprizade, *Şakaik*, s. 70-72; Temimi, *Tabakât*, III, 199-201; Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, I, 81, 498; İbnü'l-İmad, *Şezerat*, IX, 512-513; Leknevi, *Fevâid*, s. 184; Bağdatlı, *Hediyetü'l-ârifin*, II, 211; Brockelmann, *GAL*, II, 226-227; *Suppl.*, II, 316-317; Meragî, *Feth*, III, 51-52; Zirikli, *A'lâm*, VI, 328; Kehhale, *Mucemü'l-müellifin*, I, 670; III, 584; Ferhat Koca, "Molla Hüsrev", *DİA*, 2005, XXX, 252-254.

259 Abdurrahim Kozalı, "Molla Hüsrevs Werk Sarhu Usûli l-Pazdawi", *Hikma*, Volume 5 (Ekim 2012), s. 140-173; bk. <http://www.hikma-online.com/cms/sites/default/files/HIKMA%205%20Art%201.pdf> (erişim: 25/10/2017); a.mlf., "Şerhu Usûli'l-Pezdevî Üzerine Bazı Mülahazalar", *Uluslararası Molla Hüsrev Sempozyumu (18-20 Kasım 2011 Bursa) Bildiriler = International Symposium on Mulla Khusraw (18-20 November 2011 Bursa) Proceedings*, 2013, s. 285-304.

Bu meyanda günümüze ulaşan eserlerden beş tanesi *el-Müntehabü'l-Hüsami*, *el-Muğni*, *Bedü'n-nizam*, *Menar* ve *Tenkîh* gibi meşhur usûl metinleridir. Molla Fenari'nin *Fusûlü'l-bedâ'i* müstakil bir usûl eseri olup matbudur. Geriye kalanlar ise şerh türü eserlerdir. Bu şerhlerden dört tanesi: Hamidüddin er-Ramuşi,²⁶⁰ Hüsameddin es-Sıgnakî (matbu tez), Abdülaziz el-Buhârî ve Ekmeleddin el-Bâbertî'nin (matbu tez) şerhleri basılmıştır. Bu şerhler içinde en meşhur olan Abdülaziz el-Buhârî'nin *Keşfü'l-esrar*'ı matbu olmakla birlikte, tez çalışmalarında tahkik edilmiş hali yayınlanmamış ve ilmî ölçülere uygun bir neşri henüz yapılmamıştır. Bunun dışında dört şerh tez çalışmalarında tahlil ve tahkik edilmiş, ancak yayınlanmamıştır. Vecihüddin el-Erzincanî'nin şerhinin tahkik aşamasında olduğu belirtilmiştir. Molla Hüsrev'in dibace şerhi yayınlanmıştır. Yazması bulunan yedi şerh üzerine herhangi bir çalışma yapılmamıştır. Kasım b. Kutluboga'nın *Usûlü'l-Pezdevî*'nin hadislerini tahrir ettiği çalışması da yayınlanmıştır. *Usûlü'l-Pezdevî*'yi şerheden müelliflerin içinde iki tane Şafii âlim de bulunmaktadır; Kutbeddin eş-Şirazi ve Fahreddin el-Çarperdi'nin bu eserleri günümüze ulaşmamıştır.

SONUÇ

Hanefi usûlünün ilk ve en önemli muhtasarı Fahrülislam el-Pezdevî'nin (482/1089) *Usûl*'üdür. Zira bu eserden sonra yazılan Hanefi usûl muhtasarlari ve genel olarak Hanefi usûl metinleri çoğunlukla bu eserin çizdiği çerçevenin dışına çıkmamışlardır. Bu büyük etkinin sebebi Pezdevî'nin kendinden önceki Hanefi usûl birikimini özümseyip başarılı bir şekilde sistematize etmesinde yatmaktadır. Aynı zamanda meselede müctehid bir fakih sayılan Pezdevî'nin eserinden gerek kendi asrında gerekse kendisinden sonraki çağlarda birçok usûlcü faydalanmış, onu özetlemiş veya şerhetmiştir. Bu özet ve şerhler aracılığıyla Pezdevî'nin *Usûl*'ü yazıldığı dönemden günümüze değin, yaklaşık bin yıldır etkisini sürdürmüştür. Klasik İslamî metinler içinde bu ölçüde etkili eserlerin sayısı çok değildir. Dolayısıyla Pezdevî'nin eseri ve üzerine yapılan çalışmaların neşir ve tahlili Hanefi usûl anlayışının kurulması, gelişimi ve günümüze taşınması açısından önem arz etmektedir. Özellikle Hanefi usûlüne dair birçok önemli eser bu ilgiyi araştırmacılar beklemektedir.

260 Üzerine yapılan tez çalışması neşredilmemiştir.

eL-VİKÂYE, FIKHU'L-KEYDÂNÎ VE eL-MUKADDİME ADLI ESERLERİN KARŞILAŞTIRILMASI: NAMAZ ÖRNEĞİ*

Abdylmejit SAHETMAMMEDOV**

Prof. Dr. Recep CİCİ***

Özet: Hanefî fikhinin VIII. ve IX. yüzyıl fakihlerinden Burhânüşşeria el-Mahbûbî, Lütfullah el-Keydânî ve Kutbuddin İznîkî, Mâverâünnehir ve Anadolu coğrafyasında yetişmiş meşhur âlimlerdendir. Bu âlimlerin İslâm hukukunun önemli alt dallarından biri olan ilmihale dair telif ettikleri eserler, sadece kendi devirlerinde değil, sonraki dönemlerde de özellikle fakihler nezdinde önemli bir yere sahip olmuştur. Bu çalışmada, mezkûr fikhçilerin hayatları ve fıkha/ilmihale dair *el-Vikâye*, *Fikhu'l-Keydânî* ve *el-Mukaddime* isimli eserlerinin şekil ve muhteva özellikleri ortaya konmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: el-Vikâye, el-Mukaddime, Fikhu'l-Keydânî, Sadruşşeria, Lütfullah el-Keydânî, Kutbuddin İznîkî.

A Comparison of al-Wikaya, Fiqhu'l-Kaidani and al-Muqaddima: The Case of Prayer (Salaat)

Abstract: Burhanush-Shararia al-Mahbubi, Lufullah al-Kaidani and Qudbuddin Izniki who were raised and lived in VIII and IX centuries in Transoxiana and Anatolia are famous scholars of Hanafi Jurisprudence (fiqh). Works of these scholars that focus on Islamic Law issues are accepted among classical books of Hanafi Jurisprudence School. This article studies the works of the aforementioned canonists (faqih) named al-Wiqaya, Fiqhu'l-Kaidani and al-Muqaddima in terms of their contents and formation characteristics.

Keywords: al-Wiqaya, al-Muqaddima, Fiqhu'l-Kaidani, Sadrush-Sharia, Lufullah al-Kaidani, Qudbuddin Izniki.

GİRİŞ

Hız. Peygamber'le başlayan fıkıh geleneği, yaklaşık hicrî II. asırda mezheplerin kurulmasından sonra bilimsel bir disiplin haline gelmiştir. Bu çerçevede Hanefî mezhebinde *ez-Zâhirurrivâye* gibi ilk eserler ortaya çıkmıştır. Hicrî III-IV. asırlarda ise Hanefî mezhebinin klasik kitapları arasında yer alan *et-Tahâvî'nin* (ö. 321/933) *el-Muhtasar'ı*, Hâkim eş-Şehîd el-Mervezî'nin (ö. 334/945) *el-Kâfî'si* ve

* Bu makale, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri İslam Hukuku Bilim Dalı'nda 2011 yılında tamamlanan aynı başlıklı yüksek lisans tezine dayanarak hazırlanmıştır.

** Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İslam Hukuku Bilim Dalı Doktora Öğrencisi, mejit2008@hotmail.com

*** Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Öğretim Üyesi, cicirecep@hotmail.com

el-Kerhî'nin (ö. 340/952) *el-Muhtasar*'ı gibi metinler kaleme alınmıştır. Hicrî VII. asra gelindiğinde ise şerh, hâşiye, ta'lik ve reddiyye türünde eserler telif edilmiştir. Bu eserler farklı coğrafyalarda insanların dini bilgileri kolay anlayıp yaşamalarında etkili olmuştur.

Mâverâünnehir ve Horasan'da meşhur olan Burhânüşşeriâ'nın (VII-VIII/XIII-XIV) *el-Vikâye*'si ve Lütfullah el-Keydânî'nin (ö.750/1349) *Fıkhul-Keydânî*'si bu bölgelerde çok tutulmuş ve medreselerde fıkıh ilmine giriş mahiyetinde okutulmuştur. Bu kapsamda Osmanlı medreselerinin ilk müderrislerinden Kutbuddin İznikî'nin (ö. 821/1418)¹ ilk Türkçe ilmihal olma niteliği taşıyan *el-Mukaddime* adlı eseri önem arz etmektedir. Yukarıda işaret edildiği gibi adı geçen eserler sadece medreselerde okutulmamış halkın dini hayatına da ışık tutmuştur. Bir başka ifade ile bu coğrafyalarda fikhî meselelerle karşılaşıldığında ilk önce mezkûr eserlere müracaat edilmiş ve bunlardaki hükümlerle fetva verilmiştir.

Bu çalışmada Burhânüşşeriâ, Keydânî ve İznikî'nin hayatları ve fıkha dair eserlerinin namaz bölümleri ele alınmış ve eserlerin muhteva, şekil, tasnif, dil, üslup, cümle ile metin yapısı, meselenin vazedilmesi ve konuları tarif etmesi gibi hususlar üç eser mukayese edilerek incelenmiştir.

I. MÜELLİFLERİN HAYATI VE FIKHA DAİR ESERLERİ

A. Burhânüşşeriâ el-Mahbûbî ve *el-Vikâye* İsimli Eseri

Hanefî fâkihlerinden Burhânüşşeriâ'nın asıl adı Mahmûd b. Ahmed b. Ubeydullah b. İbrâhîm b. Ahmed el-Mahbûbî el-Buhârî'dir.² Nisbesinden de anlaşılacağı üzere Buhara'nın çok etkili olmuş Sadr³ ailelerinden Buharalı Mahbûbîlere mensuptur. Yine kendisi gibi fakih olan, Tâcüşşeriâ Ömer b. Sadruşşeriâ el-Evvel'in kardeşi ve Sadruşşeriâ es-Sânî'nin dedesidir. Kaynaklarda genellikle kardeşi Ömer ile karıştırılmıştır.⁴

1 Kepecioğlu, Kamil, *Bursa Kütüğü*, Ebru Matbaacılık, Bursa 2009, III, 60.

2 Kâtip Çelebi, Mustafa b. Abdullah Hâci Halife, *Keşfü'z-zunûn 'an esâmi'l-kütübi ve'l-fünûn*, Dâru İhyâi't-turâsi'l Arabî, Beyrut 1943, II, 2020; Ebû'l-Hasenât Muhammed Abdulhayy el-Leknevî, *el-Fevâidu'l-behiyye fi terâcimi'l-Hanefiyye*, Dâru'l-Marife, Beyrut, s. 207; Takiyuddîn b. Abdilkadir et-Temimî ed-Dârî el-Gazzî el-Misrî, *et-Tabakâtu's-seniyye fi terâcimi'l-Hanefiyye*, Dâru'r-Rifâî, Kahire 1410/1989, IV, 429; Özel, Ahmet, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, T.D.V., Yay., Ankara 1990, s. 77.

3 **Sadr**: Şehrin siyasi ve hukukî bürokrasisinin başı demektir. Bkz. Bedir, Murteza, "Tâcüşşeriâ", *DİA*, İstanbul 2011, XXXVIII, 360. Ayrıca bu konuda bilgi için bkz. Atan, Ömer Faruk, *Burhânüşşeriâ'nın Vikâyetü'r-rivâye fi mesâil'l-Hidâye Adlı Eserinin Tahkik ve Tahlili*, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (yayımlanmamış doktora tezi), Bursa 2015; Orazov, Orazsahat, *Burhânüşşeriâ ve Vikâye Adlı Eseri*, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), Bursa 2001.

4 Atan, *age.*, s. 12-13.

Mahmûd b. Sadruşşerîa daha çok “Burhânüşşerîa” lakabıyla bilinmesine rağmen *el-Vikâye* yazmalarının bir kısmında ve bazı biyografi kaynaklarında kendisinden Tâcüşşerîa lakabıyla söz edilmiştir.⁵ Babası ve kardeşinin neseplerine bakarak Burhânüşşerîa'nın Buhara'da⁶ doğduğu söylenebilir. Zira “el-Mahbûbî” sülalesine mensup diğer fertlerin kabirleri de Buhara'da, Şerâbât'da bulunmaktadır.⁷

Genç yaşta tahsile başladığı düşünüldüğünde, hayatının geri kalan kısmını da bu yolda harcadığını tahmin etmek zor değildir. Bu konuda elimizde açık bir bilgi bulunmasa bile kendisine ait olan *el-Vikâye*'nin mukaddimesinde yer verdiği, ilmin önemine dair bilgilerden, hayatı boyunca üstlenmiş olduğu görevlerden ve telif ettiği eserlerden bu husus anlaşılabilir.⁸

Hicrî VII. asırda yaşamış olan Burhânüşşerîa'nın kesin olarak hangi tarihte vefat ettiği açık değildir. Moğollar tarafından Buhara'nın işgal edilmesinden sonra Kirman'a hicret etmiş ve Kutbiye-Sultâniyye medresesinde kardeşi Tâcüşşerîa ile vefatına kadar müdderislik yapmıştır.⁹ Kâtip Çelebi *el-Hidâye* şârihleri arasında zikrettiği Tâcüşşerîa'nın 672/1274 vefat etmiş olduğunu ifade etmiştir.¹⁰ Bundan yola çıkılarak Burhânüşşerîa'nın vefatıyla ilgili bir iddia da bulunmak zor ise de tahmini olarak bir fikir sahibi olmamıza yardımcı olacaktır.

Burhânüşşerîa'nın, torunu Sadruşşerîa es-Sânî için *el-Hidâye*'den yaptığı *Vikâyetü'r-rivâye fi mesâilî'l-Hidâye* Hanefî mezhebinde “Mütün-i erbaa” diye bilinen dört muteber kitaptan biridir. Diğerleri de Ebû'l-Fadl Mecdüddîn Abdullah b. Mahmud b. Mevdûd b. Mahmud el-Mevsîli el-Bağdâdî'nin (ö.599-683/1203-1284)¹¹ *el-Muhtâr*'i, Ebû'l-Berekât Hâfizuddîn Abdullah b. Mahmud en-Nesefî'nin *Kenzü'd-dekâik*'i (ö.710/1310)¹² ve Muzafferuddîn Ahmed b. Ali b. Tağlib el-Ba'lebekkî el-Bağdâdî'nin (ö. 694/1295) *Mecmau'l-bahreyn*'idir.¹³

5 Bûrhânüşşerîa, Mahmûd b. Ahmed b. Ubeydullah, *Vikâyetü'r-rivâye fi mesâilî'l-Hidâye*, Süleymaniye Ktp., Ayasofya, nr. 1505, vr. 1a.

6 Bağdâdî, İsmail Paşa, *Hediyetü'l-ârifin*, Tahran 1946, I, 95,787.

7 Leknevî, *age.*, s. 110.

8 Burhânüşşerîa, *age.*, İstanbul Müftülük Ktp., nr. 300, vr. 1a.

9 Bedir, “Tâcüşşerîa”, *DİA*, İstanbul, XXXIX, 361.

10 Çelebi, *age.*, II, 2033.

11 Özel, *age.*, s. 70.

12 Özel, *age.*, s. 74.

13 Özel, *age.*, s. 80.

B. Lütfullah en-Nesefî el-Keydânî ve *Fıkhü'l-Keydânî* İsimli Eseri

Milâdî XIII. yüzyılın sonu, XIV. (750/1349) yüzyılın ilk yarısında Maveraünnehir'de yaşamış Hanefî fakihlerindendir. Günümüze kadar ulaşmış tek eseri *Fıkhü'l-Keydânî*'dir.¹⁴ Kaynaklarda Keydânî'nin hayatı hakkında fazla bilgi yoktur. Sadece müellifin yaşadığı dönem ve *Fıkhü'l-Keydânî* adlı eseri hakkında bazı kısa bilgiler mevcuttur.

Keydânî'nin *Fıkhü'l-Keydânî* adlı eseri özellikle Orta Asya'da meşhur olmuş, medreselerin eğitim programlarında ders kitabı olarak yer almış ve okutulmuştur. Namaza ait meseleleri maddeler halinde genel hatlarıyla ele alan bu eser *Fıkhü'l-Keydânî*, *Bustânu's-sâlât*, *el-Mukaddîmetu's-sâlât*, *Metâlibu'l-musallî* ve *el-Meşrû'ât* gibi değişik isimlerle adlandırılmıştır.¹⁵ Muhammed Sultan el-Ma'sûmî el-Hucendî kendi hayatıyla ilgili anılarında Keydânî'nin bu eserinden bahsetmektedir.¹⁶

Muhammed b. Ebû Ahmed, Ebû Ahmedizâde, İsmail Müfid el-İstanbulî gibi birçok Türk müellif tarafından *Tercüme-i Fıkh-ı Keydânî*¹⁷ vb isimlerle Türkçeye kazandırılan *Fıkhü'l-Keydânî*'nin Türkiye kütüphanelerinde iki yüze yakın metin ve şerhi kayıtlıdır. Bu husus eserin Osmanlı-Türk tarihinde de ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Aynı şekilde başta Özbekistan olmak üzere Orta Asya ülkelerinde de eserin kayıtlı olan yüzlerce nüshasına rastlamak mümkündür. Eser üzerine yapılmış şerhleri örnek vermek gerekirse *Şerhu'l-Mukaddîmeti's-salât*,¹⁸ *Şerhu'l-Mukaddîmeti's-salât li'l-Keydânî*,¹⁹ *Câmiu'l-mebânî li mesâilî Fıkhî'l-Keydânî*,²⁰ *Şerhu Fıkhî'l-Keydânî*²¹ gibi çalışmalar bu iddayı doğrular mahiyettedir.

C. Kutbuddin İznikî ve *el-Mukaddîme* İsimli Eseri

Osmanlı âlim ve fakihlerinden Kutbuddin İznikî'nin doğum tarihi belli değildir. Fakat XIV. yüzyılın sonu ile XV. yüzyılın başında yaşadığı bilinmektedir. Bursa Kütüğü'nde ölüm tarihi 8 Zilkade 821/1418 olarak kaydedilmiştir.²²

14 Eser, kaynaklarda *Fıkhü'l-Keydânî* ismiyle tanınmasından dolayı çalışmada bu isim tercih edilmiştir.

15 Nasrullayev, Nimetullah, "Lütfullah en-Nesefî'nin *Fıkhü'l-Keydânî* Eseri ve Onun İslam Fıkhındaki Yeri", Uluslararası Türk Dünyasının İslâmiyet'e Katkıları Sempozyumu (tebliğ), İstanbul 2009.

16 Karaman, Hayreddin, *İki Din Mazlumu*, İz Yay., İstanbul 2010, s. 61.

17 Keydânî, Lütfullah en-Nesefî, *Fıkhü'l-Keydânî*, Süleymaniye Ktp., nr. 1045.

18 Keydânî, *age.*, Süleymaniye Ktp., nr. 900.

19 Keydânî, *age.*, Süleymaniye Ktp., Aşır Efendi, nr. 102.

20 Keydânî, *age.*, Süleymaniye Ktp., Ayasofya, nr. 1167.

21 Keydânî, *age.*, Süleymaniye Ktp., Çelebi Abdullah, nr. 111.

22 Kepecioğlu, *age.*, III, 99.

Kutbuddinzâde diye tanınan oğlu Muhammed İznikî'nin *İhticâcu Adem maâ Mûsâ aleyhimu's-selâm* adlı risalesindeki bir kaydından da²³ Niğde'de doğduğu, daha sonra buradan İznik'e göç ettiği anlaşılmaktadır.²⁴ İznikî, kitabındaki "İstikbâl-i kible" bahsinde, "kendi şehrim İznik'te" diye kendisinin İznikli olduğundan bahsetmektedir.²⁵

Kutbuddin Muhammed, Yıldırım Bayezid devri âlimlerindedir. Tahsilini memleketinde tamamlayan İznikî, Hasan Paşa b. Alâeddin Esved (ö. 800/1397) ve Molla Fenârî (ö. 834/1431) gibi devrin âlimlerinden ders almış ve Eşrefoğlu Rûmî'nin sohbetlerinde bulunmuştur.²⁶

Kayıtlara göre İznikî'nin iki oğlu vardır. Oğullarından Muhyiddin Mehmed, Molla Fenârî'nin en değerli öğrencilerinden olmuş; müftülük, kadılık ve müderislik yapmış, tasavvufa meraklı, pek çok eserin sahibi, ünlü bir zattır. Fukara-i sofiye libasıyla gezdiği kayıtlarda mevcuttur.²⁷ Diğer oğlu Bahaeddin Ömer, II. Murad zamanında fetva vermekle meşhur bir din bilginidir.²⁸

Osman Çetin, "Türk Edebiyatında ilk defa Türkçe ilm-i hal yazan Kutbuddin İznikî'dir. *el-Mukaddime* adını verdiği bu kitabın başında sebep-i telifini açıklamıştır" derken, Mustafa Kara, "*el-Mukaddime*'nin iman, itikat, namaz, oruç, hac, zekât hakkında açıklamalar yapan tam bir ilmihal kitabı" diye nitelendirmektedir.²⁹ Osmanlı klasikleri arasında yer alan bu eser, İslâm dinini kaynağına uygun biçimde yaşamaya ışık tutmak amacıyla yazılmıştır.

Kutbuddin İznikî'nin *el-Mukaddime* adlı eseri üzerinde tespit edebildiğimiz kadariyle dört müstakil çalışma yapılmış olup, bunların ikisi eserin Türk dili açısından tahlili line ve tespitine yöneliktir. *Mukaddime-i Kutbuddin İnceleme-Metin-Sözlük*,³⁰ *Kutbe'd-Dîn İznikî Mukaddime*,³¹ **Kutbuddin İznikî'nin "Mukaddime" Adlı Eserinin Tahkik Ve Tahlili**³² ve **Kutbuddin İznikî'nin "Mukaddime"si ve Ömer Nasuhi Bilmen'in**

23 Kutbuddinzâde, Muhammed, *İhticâcu Adem maâ Mûsâ aleyhimu's-selâm*, Sül. Ktp., Lâleli, nr. 1593, vr. 55a.

24 Öngören, Reşat, "Kutbuddin İznikî", *DİA*, Ankara, 2002, XXVI, 485.

25 Kutbuddin İznikî, *el-Mukaddime*, Sülemaniye Ktp., Hamidiye, nr. 550/1, vr. 11a.

26 Cici, Recep, *Osmanlı Dönemi İslam Hukuku Çalışmaları*, Arasta Yay., Bursa 2001, s. 88.

27 Koyunlu Oğlu, A. Memduh Turğut, *Anadolu da Türkler*, Halkevi Neşriyatı, Bursa 1937, s. 203.

28 Süreyya, Mehmet, *Sicill-i Osmanî yahud Tezkere-i Meşahir-i Osmanîyye*, IV, 404.

29 Kara, Mustafa, "XIV ve XV. Yüzyıllarda Osmanlı Toplumunu Besleyen Türkçe Kitaplar", *İslam Araştırmalar Dergisi*, XII, sayı, II, 1999, s. 43.

30 Öksüz, Yusuf Ziya, *Mukaddime-i Kutbuddin İnceleme- Metin-Sözlük*, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (yayımlanmamış doktora tezi), Erzurum 1976.

31 Üstünova, Kerime, *Kutbe'd-Dîn İznikî Mukaddime*, Uludağ Üniversitesi Yay., Bursa 2003.

32 Atawula, Alımujiang, *Kutbuddin İznikî'nin "Mukaddime" Adlı Eserinin Tahkik ve Tahlili*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (yayımlanmamış doktora tezi), İstanbul 2007.

“Büyük İslam İlmihali”nin Mukayesesi.³³ Bunların dışında da Osmanlı Dönemi İslâm Hukuku Çalışmaları³⁴ adlı eserde müellif ve eseri ile ilgili geniş bilgi verilmiştir.

Kutbuddin Muhammed devrin âlimlerinden iyi bir tahsil görüp Arapça’yı bilmesine rağmen çeşitli dallara dair eserlerinin bazılarını Türkçe olarak kaleme alarak hem ilme hizmet etmiş, hem de milli dile katkıda bulunup Türkçe’nin konuşma dilinin yanı sıra yazım (ilim) dili haline de gelmesine öncülük etmiştir. Zira onun fıkha dair olan *el-Mukaddime* adlı eseri, Osmanlılar’da Türkçe olarak kaleme alınan ilk eserler arasında sayılabilir.

İzniki’nin fıkha dair diğer eserleri *Zâdul-meâd fi’l-furû’i ve’l-ahlâk*, *Mürşidül’mute’ehhilin* adlı kitaplarıdır. Diğer alanlardaki eserleri arasında *Tefsîrül-Kur’ân* (*Tefsîru Kutbuddîn*), *Telfikât ve Risâle fi hakkı devrâni’s-sûfiyye* yer almaktadır.³⁵

II. ESERLERİN ŞEKİL VE MUHTEVA ÖZELLİKLERİ

A. *el-Vikâye*’nin Özellikleri

1. Şekil Özellikleri

Birçok fakihin belirttiği üzere *el-Vikâye*, bütün fûrû-ı fikh konularını muhtasar bir biçimde kapsamaktadır. Eser Arapça olup bazı bölümlerinde az sayıda Farsça kelimelere de rastlanmaktadır.³⁶ Hem muhtevası, hem de tasnifi tamamen *el-Hidâye*’ye göre düzenlenmiştir. Hacim olarak *el-Hidâye* ile kıyaslandığında *el-Hidâye*’nin dörtte biri kadar olduğunu söylemek mümkündür. *el-Vikâye* kısa ve öz olması nedeniyle fıkıh talebelerinin beraberinde taşıyabileceği bir el kitabı mahiyetindedir. Hanefilerce önemli kabul edilen bu eserin daha iyi tanıtılması için öncelikli olarak şekil özellikleri üzerinde durulacak özelliklerle kullanılan dil, üslup, cümle yapısı, fihristi gibi konular ele alınacaktır.

el-Hidâye’nin bütün meselelerini kapsayan *el-Vikâye* bazı başlıklarda kısaltmalar ve seçimler yapmış ve bazı konuları ilave etmiştir. *el-Hidâye*; 57 kitap (büyük başlık), 154 bap, 112 fasıl ve 7 mesâil-i şettâ (muhtelif meseleler) içermesine karşın *el-Vikâye*; 54 kitap, 105 bap, 24 fasıl ve 4 mesail-i şetta ihtiva etmektedir. Burhânüşşerîa *el-Hidâye*’de “Kitap” adı altındaki başlıklardan “Kitâbü’l-velâ” ve

33 Altun, Fatma Gül, *Kutbuddin İzniki’nin “Mukaddime”si ve Ömer Nasuhi Bilmen’in “Büyük İslam İlmihali”nin Mukayesesi*, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), Bursa 2013.

34 Cici, *age.*, s. 88.

35 Cici, *age.*, s. 89-94.

36 Geniş bilgi için bkz. Atan, *age.*, s. 55.

“Kitâbü'l-gasbî” birer “fasl” adı altında, “Kitâbü’ş-şehâde” ile “Kitâbu’r-rucû‘ ani’ş-şahâde’yi” ise tek bir başlık halinde “Kitâbü’ş-şehâde ve’r-rucû‘ anhâ” ismi altında ele almıştır.³⁷ Bunlardan başka her iki eserin de baş tarafında müellifleri tarafından yazılan mukaddimeler yer almaktadır.³⁸

Zikredilen konu başlıklarından yani kitap, bap ve fasılların karşılaştırılmasından anlaşıldığına göre Burhânüşşeriâ *el-Hidâye*’deki birçok bap ve fasıl başlıklarına yer vermemektedir. Burhânüşşeriâ’nın *el-Vikâye*’sine almadığı konular fukaha tarafından ihtilafı meseleler ve yorumlar içermektedir. Nitekim eserin mukaddimesinde belirttiği gibi³⁹ *el-Vikâye* daha çok Burhânüşşeriâ’nın bizzat benimsediği, tercih ettiği *el-Hidâye*’nin sahih görüşlerinden oluşan muhtasar bir eserdir.

Burhânüşşeriâ’nın özellikle *el-Vikâye* için *el-Hidâye*’yi seçmesi, *el-Hidâye*’nin konuları ve meselelerinin işleniş şeklinin düzenli ve kabul edilir olmasından dolayıdır. Zira müellif kendi dönemindeki eserlerde fıkhî meselelerin hem muhteva hem tertip bakımından yetersiz olduğunu belirttikten sonra, *el-Hidâye*’nin “Kadri Celîl, Azîmu’ş-şân, hasenatı tamam ve bereketi âm” bir kitap olduğunu vurgulamaktadır.⁴⁰

Fıkhın önemli konularından birisi olan miras bahsi *el-Hidâye*’de ve de *el-Vikâye*’de müstakil bir başlık altında işlenmemekle birlikte her ikisinde de yeri geldikçe dağınık olsa da ele alınmıştır. Meselâ “Kitâbü’l-vasiyye, Kitâbü’l-kadâ, Kitâbü’t-talak, Kitâbü’s-sulh” gibi bölümlerinde mirasla ilgili hükümlere konu gereği değinildiği görülmektedir.

el-Vikâye’deki konuların sıralanış tertibi, diğer Hanefî muhtasarları ile örneğin “*Muhtasaru’l-Kudûri*” ile karşılaştırıldığında bir takım farklılıklar göstermektedir. İçeriğin ve konu başlıklarının ise hemen hemen aynı oldukları, ancak *el-Kudûri*’de “Kitâbü’l-ferâiz” in müstakil başlık altında ele alındığı görülmektedir.⁴¹

el-Vikâye’nin dil ve üslup açısından kendisine has bazı metot ve özelliklerinin bulunduğu görülmektedir. Söz konusu özelliklerden en önemlisi *el-Hidâye*’de yer alan uzun meselelerin *el-Vikâye*’de hem içerik hem de kapsam bakımından *el-Hidâye*’yi tam olarak kapsayan kısa meselelere dönüştürülmüş olmasıdır.

el-Vikâye’nin birçok yerinde bir konuya başlarken önce meselenin mükellefiyetler, hak ve sorumluluklarla ilgili kısımlarına yer verilir. Daha sonra yasaklar, ke-

37 Atan, *age.*, s. 55.

38 Merginânî, Burhânuddîn Ebî’l-Hasan, *el-Hidâye şerhu Bidâyeti’l-mübtedi*, (Thk. Ahmed Mahmûd eş-Şahâde), Dâru’l-farfür, Dimaşk 2006, I, 73; Burhânüşşeriâ, *age.*, Süleymaniye, Ktp., Fatih, nr. 1505, vr. 1b.

39 Burhânüşşeriâ, *age.*, Süleymaniye, Ktp., Fatih, nr. 1505, vr. 2a.

40 Burhânüşşeriâ, *age.*, vr. 2a-2b.

41 Kudûri, Ebû’l-Hasan Ahmed b. Muhammed, *Muhtasaru’l-Kudûri*, (Thk. Muhammed b. Muhammed), Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, Beyrut 1997, s. 245.

rahatler gibi sınıflamalar ve nehiyler zikredilir. Meselâ güneş tutulduğunda namazın nasıl ve kim tarafından kıldırılacağı önce belirtilmiş, daha sonra yapılmaması gerekenler sıralanmıştır.⁴² Yine yapılması gerekenlerin sıralandığı bir konu atıflarla anlatılırken, zikredilen meseleye ilişkin bazen olumsuz ara cümle mahiyetinde “والا فلا” edatları araya konmuş ve olumlu cümlenin devamı atıflarla sürdürülmüştür.⁴³ Bazen konu başlığı meselenin ilk cümlesi niteliğinde kullanılır. Örnek vermek gerekirse “باب المسح علي الخفين جائز بالسنة” cümlesinde ilk üç kelime hem konu başlığı ve meselenin hükmüyle ilgili cevazı hem de meselenin ilk cümleleridir.⁴⁴

el-Vikâye'deki meseleler fıkhnın teklifi hüküm hiyerarşisine göre, yani farz, vacip, sünnet, mendup, mekruh ve harama göre tasnif edilmiştir. Meselâ “Bâbu Sıfati's-salât” bölümünde namazın rükünleri sıralanırken önce farz ve vacipleri, ardından sünnet ve mendupları zikredilmiştir.⁴⁵

Burhânüşşeria kelimelerin lügat anlamını zikretmez ama yer yer ıstılahların tarifini yapar. Tarif yapmadığı yerlerde konunun daha çok uygulanış şekli ve rükünlerini belirtir. Meselâ ortaklık bahsinde “Ortaklık, mülk ortaklığı ve akit ortaklığı olmak üzere iki kısımdır,”⁴⁶ havale bahsinde ise “Havale; havale eden, alacaklı ve havaleyi kabul edenin rızası neticesinde borçlanmakla sahih olur.”⁴⁷ diyerek konuya başlar. Konunun tarifini verdiği yerlerde, ilk cümleyi zamirle başlatır. Meselâ “Kitâbü'n-nikâh; o, zamiri icap ve kabulden oluşan akittir,”⁴⁸ bir başka örnekte, “Kitâbü'l-mudarabe; o, bir taraftan mal, diğer taraftan emek olmakla birlikte kâr üzerinde anlaşılan ortaklıktır”⁴⁹ der.

Burhânüşşeria kendisi için herhangi bir kelime, yani “قال” veya “قلت” veya “اعني” şeklinde özel bir kalıp kullanmaz. Gayri Müslimlerin ele alındığı konularda zikredilen “هنا” ismi işareti “Dârulislâm” anlamında, “دارهم” kelimeleri ise “Dârulharb” anlamında kullanılır.

Arapçadaki “س” harfinin baş tarafı olan bir işaret, herhangi bir meselenin başlangıcına delalet eder. “و في” den sonra bir isim cümlesi zikredilirse, bundan daha çok “و في قوله” cümlesi anlaşılır.⁵⁰

42 Burhânüşşeria, *age.*, vr. 16a.

43 bkz. Gusülü gerektiren durumlar (Burhânüşşeria, *age.*, vr. 3a).

44 Burhânüşşeria, *age.*, vr. 5a.

45 Burhânüşşeria, *age.*, vr. 10a.

46 Burhânüşşeria, *age.*, vr. 82a.

47 Burhânüşşeria, *age.*, vr. 100b.

48 Burhânüşşeria, *age.*, vr. 39a.

49 Burhânüşşeria, *age.*, vr. 121.

50 Örneğin köleyi âzad etme konusunda efendisinin kölesi için söylediği “ve fi ente hurrun ba'de mev'ti bi elfin” cümlesinde “ve fi”den sonra gizli “kavlihi” kelimesi vardır (Burhânüşşeria, *age.*, vr. 63b). Geniş bilgi için bkz. Orazov, *age.*, s. 59-60.

2. Muhteva Özellikleri

Burhânüşşerîa *el-Vikâye*'nin dibacesinde söylediği gibi mezhebin muteber sayılan görüşlerini eserinde toplamıştır. Bu nedenle Hanefî mezhebinin üç imamına ait görüşlere ağırlıklı olarak yer vermiştir.

Eserin namaz konusuna baktığımızda, müellifin konuyla ilgili bütün hususlara temas ettiğini görüyoruz. Ancak kendisi, kuyuların hükmü ve gemide namaz kılmak gibi konulara değinmemiştir. Müellif bu eserini torunu ve onun yaşındaki gençlere yönelik yazdığı için yukarıda sayılan konuları niçin ele almadığı gayet açık olarak ortaya çıkmaktadır. Eserde bazı konulara has bap veya fasıl açmaksızın ona yakın başlık altında o konuyu ele almıştır.

Burhânüşşerîa eserinde namazın hükümlerini sıralarken ihtiyaç olduğunu düşündüğü konuları misâller vererek muhtasar biçimde açıklamış, önemli olarak görmediği konuları ise kısaca anlatıp geçmiştir.

el-Vikâye, *el-Hidâye*'nin tüm meselelerini kapsamasına rağmen, fikhî delillerinin zikredilmediğini ifade eden Burhânüşşerîa, *el-Vikâye*'nin sadece mezhep içi muteber görüşleri ve bazı “faydalı fetvaları” ihtiva eden bir kitap olduğunu belirtmiştir.⁵¹ Ancak bize göre müellifin bu sözlerinden *el-Vikâye*'de hiçbir fikhî delilin kullanılmamış olduğu anlamına gelmemektedir. Zira müellifin çok az da olsa delillerden bazısını açık veya üstü kapalı kullandığı görülmektedir. Örneğin; Burhânüşşerîa namazın vaciplerini sayarken *el-Hidâye*'ye muhalif olarak ilk oturuşun da vacip olduğunu Abdullah b. Abbas'tan rivayet edilen hadise dayanarak söyler.⁵² Bunun yanı sıra Burhânüşşerîa kıraat faslında, kıraati dinlemenin sünnet olduğunu Araf süresinde geçen ayete ve Hz. Peygamber'in iki hadisine dayandırmıştır.⁵³ Benzer bir biçimde müellif namazın vaciplerini sayarken İbn Mes'ûd gibi teşehhüt yapar diyerek Sahabeyi işaret etmiştir.⁵⁴ Ayrıca cemaat faslında ayakta olanın oturana uyabileceğini söylerken, Hz. Peygamberin (s.a.v) fiiline dayanmıştır.⁵⁵

Yukarıdaki örneklerden anlaşıldığı üzere *el-Vikâye* meseleyi fikhî deliller çerçevesinde ele almıştır.

51 Burhânüşşerîa, *age.*, Süleymaniye, Ktp., Fatih, nr. 1505, vr. 2b.

52 Burhânüşşerîa, *age.*, nr. 10a.

53 Burhânüşşerîa, *age.*, vr. 11a.

54 Araf 7/204; Burhânüşşerîa, *age.*, vr. 10b.

55 Burhânüşşerîa, *age.*, vr. 11b.

B. *Fıkhul-Keydânî*'nin Özellikleri

1. Şekil Özellikleri

Mukayese yaptığımız eserlerin içerisinde hem kısa hem sade olması bakımından ayrıcalığı olan *Fıkhul-Keydânî* sadece namazın dışındaki ve içindeki hükümleri saymaktadır. Namazın hükümlerine başlamadan önce müellif kısaca hükümlerin Allah (c.c.) katında ne kadar önemli olduğuna yani kulun farzları terk etmesi halinde veya sünnetleri terk etmesi halinde cezasının ne olacağına değinmiştir.⁵⁶ Dili sade Arapça olup anlaşılması kolaydır. Zira müellif fazla ayrıntıya girmeden Arapça'nın kısa ve özlü ifadelerini kullanarak anlaşılması kolay bir eser ortaya koymayı amaçlamıştır. Bu çerçevede konuları anlatırken açıklama ihtiyacı duyduğu yerleri kısaca açıklamış ve kendi görüşlerini de belirtmiştir.

Eserin telif ediliş tertibi de aynı şekilde sade ve bütün hükümleri kapsamıştır. Müellif hükümleri sayarken namaz kılacak kimsenin yapması lazım olan şeylere öncelik verip, sonra yapmaması gerekenlerle devam ettirmiştir. Meselâ ilk önce farzları, vacipleri, sünnetleri, müstehabları, mubahları saydıktan sonra haram, mekruh ve fasit şeklinde devam ettirmiştir.

Keydânî, eserinde konuları Hanefî mezhebi bağlamında işlemiştir. Eserde Hanefî âlimleri veya kitapları doğrudan zikredilmese de belirtilen görüşlerin ve sergilenen tutumların Hanefî mezhebinin ana çerçevesine dayandığı görülmektedir. Nitekim Muhammed Sultan el-Masûmî el-Hucendî de (696/1297)⁵⁷ benzer görüşler serdetmiştir.

Bilindiği üzere *Fıkhul-Keydânî* sadece namazla ilgili olmasına rağmen yine de bütün namaz konularını ele almamakta ve namazın hükümlerini tek tek incelemektedir.

Keydânî, eserin girişinden sonra namazın içindeki ve dışındaki hükümlerini sekiz bapta ele almıştır. Bapları farz, vacip, sünnet, müstehab, mubah, haram, mekruh ve müfsit olarak belirleyip maddeler halinde saymaktadır.⁵⁸ *Fıkhul-Keydânî*'nin dil ve üslup açısından kendine has bazı metot ve özelliklerinin bulunduğu görülmektedir. Söz konusu özelliklerden en önemlisi konuyu kısa ve net anlatmasıdır. Metinde mürekkep ve uzun cümlelerin olmamasına özen gösterilmiştir. Keydânî eserinde sünnetlerin “umum ve hususlarını” sayarken, önce umumları sayıp sonra hususları sıralamaktadır.

56 Keydânî, *Fıkhul-Keydânî*, Türkmenistan Milli El Yazmaları Ktp., nr. 400, vr. 3b-5a.

57 Karaman, *age.*, s. 61.

58 Keydânî, *age.*, vr. 3a.

Keydânî, beşinci bapta haramları sıraladıktan sonra; “وفي المحيط ذكرت المحرمات وفي المكروهات في *el-Muhît*⁵⁹ adlı eserde haramlar, mekruhlar (başlığı altın)da zikredilmiştir.” şeklinde bir ilavede bulunmaktadır.⁶⁰ Bundan sonra altıncı bap olan mekruhları sıralamaktadır.

Fıkhü'l-Keydânî'de müellif, ilk önce namazın içerisinde yapılması gerekenleri sıralamış sonra da yapılmaması gerekenleri zikretmiştir. Meselâ müstahabları sayarken secdeye giderken dizlerini ellerinden önce, ellerini burnundan önce, burnunu alnından önce koymasının⁶¹ daha güzel olduğunu ifade eder, mekruhları sayarken ellerini dizlerinden önce koymanın, kalktığında da ellerini dizlerinden sonra kaldırmanın mekruh olduğunu söylemiştir.⁶² Yine *Fıkhü'l-Keydânî*'de kulun Allah'a ibadet etme konusunu ve namazın hükümlerini saymadan önce onların tarifleri ayrıntılı olarak beyan edilmiştir. Meselâ vacip ile ilgili olarak; “*Vacip zannî delil ile sabittir. Amel yönünden hükmü farzın hükmü gibidir; ancak itikat yönünden böyle değildir. Vacibi inkâr eden küfre girmiş olmaz.*”⁶³ şeklindeki bilgilere yer verilmiştir.

2. Muhteva Özellikleri

Keydânî diğer eserlerden farklı olarak eserinde sadece konuları sıralamış, geniş açıklamalara yer vermemiştir.

Lütfullah en-Neseî eserinin hiç bir yerinde açık olarak delil göstermemiştir. Ancak bu durum eserde fikhî delil olmadığını göstermez. Keydânî üstü kapalı olsa da konuları Hanefî mezhebine göre ele almıştır. Müellif Ebû Hanîfe, imam-eyn ve sonraki dönem Hanefî âlimlerinin görüşlerine isimlerini zikretmeden atıfta bulunmuştur.⁶⁴

Keydânî müstehabın hükmünü açıklarken, onun yerine getirilmesinin daha iyi olduğunu ifade ederek Hanefî âlimlerine atıfta bulunmuştur.⁶⁵ Yine o, namazın vaciplerini sayarken Abdullah b. Abbas'tan rivayet edilen bir hadise dayanarak ilk oturuşun da vacip olduğunu söyler.⁶⁶

59 *el-Muhît*, biri Burhânu'l-İslâm Radiyuddîn Muhammed b. Muhammed es-Serahsî'ye, diğeri ise Burhânüddîn Mahmud b. Ahmed b. Abdulaziz b. Ömer b. Mâze el-Buhârî'ye ait iki farklı eserdir. Araştırmamıza göre *Fıkhü'l-Keydânî*'de zikredilen *el-Muhît* adlı eser, Burhânüddîn Mahmud el-Buhârî'nin olmadığı tespit edilmiştir. Ancak Radiyuddîn es-Serahsî'nin *el-Muhîtu'r-Radevî* adlı eserine bakma ve karşılaştırma imkânı olmamıştır. *el-Muhît*'in müellifleri hakkında bilgi için bkz. Özel, *age.*, s. 51, 61.

60 Keydânî, *age.*, vr. 15b.

61 Keydânî, *age.*, vr. 12b.

62 Keydânî, *age.*, vr. 17a.

63 Keydânî, *age.*, vr. 4a.

64 Keydânî, *age.*, vr. 13b.

65 Keydânî, *age.*, vr. 4a.

66 Keydânî, *age.*, vr. 7b.

C. *el-Mukaddime*'nin Özellikleri

1. Şekil Özellikleri

İznikî eserinin mukaddimesinde söylediği gibi kitabı ergenlik yaşına yakın kız ve erkek çocuklar için telif ettiğini ifade eder. Eserine aldığı konularla ilgili Arapça ve Farsça pek çok eserin kaleme alındığını fakat avam için o eserleri anlamının zor olduğunu, zira okuyup öğrenmeleri halinde de çabucak unutulduğunu kaydeder. Bu sebeple eserini Türkçe yazdığını belirtir. Bu hedef doğrultusunda her bir konuyu açıklarken çokça misaller vermekten kaçınmamıştır. Eserin amacı ergenlik öncesinde, bu eserin okutulduğu gençlerin gönlüne ve inancına, dinin emrini tutmanın ve Müslümanlığa bağlanmanın gerekli olduğu düşüncesini yerleştirmek, ergenlik sonrasında da bu bilgileri hayata geçirmesini sağlamaktır.

İznikî eserinin telif nedenini *el-Mukaddime*'nin girişinde şöyle beyan etmiştir: “*Pes, bilgil kim bu zaifin maksûd-i bu farz-ı ayn olan amelleri bildürmekde idi, farz-ı kifaye ve sünnet ve müstehab olanları bildürmek degüldi, çün kim farz-ı aynun dahi kemali bunları işlemeg ile olur. Pes, bu Makaddime'de farz-ı kifaye ve sünnet ve müstehab ve edeb olanları ve ibadeti mekruh ve fasid ve nâkıs idenleri bildürdi dahi garib ve çok vakî olur meseleler dahi getürdi mübtedileri bu Mukaddime'yi okumağa yiltemeg için.*”⁶⁷

İznikî namaz konusunu ele alırken mukayese yaptığımız diğer eserlerden farklı olarak taharet konusunu namaz babında ele almış, suyun hükmü ve temizlik konularını zikretmiştir.⁶⁸ Bundan sonra kadınlara has olan özel günlerinin durumlarını ele almış ve guslün hangi durumlarda vacip olduğunu izah etmiştir. *el-Vikâye*'de olduğu gibi namaz kılan kimsenin yapabileceği hataları ve kıratte yapılabilecek mahreç hatalarını geniş bir şekilde misaller vererek anlatmıştır. Daha sonra namazın içindeki ve dışındaki hükümlerini açıklamıştır. Cuma, bayram, yolculuk, cenaze, şükür ve korku namazları beyan etmiştir. Son olarak namazda okunan duaları eserine eklemiştir.

Namaz babında Hanefî mezhebinin en muteber âlimlerinden iktibas yapmaktadır. Aynı şekilde konuyla ilgili telif edilen kitaplardan bolca yararlanmış- tır. Mezkûr konuda son dönem Hanefî âlimlerinin de görüşlerini kitabına almış- tır. Örneğin; bir kimsenin namaz kılarken bir yazıya bakarak anlaması halinde İmam Muhammed'e göre o kimsenin namazının fasit olduğunu söylerken, İbn Ebî Leylâ'nın da aynı görüşte olduğunu belirtir.⁶⁹

67 İznikî, *age.*, Süleymaniye Ktp., Çelebi Abdullah, nr. 136, vr. 6a-6b; Üstünova, *age.*, s. 139.

68 İznikî, *age.*, vr. 10b.

69 İznikî, *age.*, vr. 17b. Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. Altun, *age.*, Bursa 2013, s. 32-33.

el-Mukaddime, yazılış nedeni itibarıyla Müslümanların gündelik hayatı için gerekli olan bilgileri ihtiva etmiş ve halka yönelik kaleme alınmış olsa da fıkıh eserlerinde çoğunlukla karşılaştığımız ulema arasındaki görüş ayrılıklarına da yer vermektedir. Müellif, bundan sonra ahlâk konusuna da değinmiştir.

Eser beş baptan oluşmakta olup; birinci babında iman,⁷⁰ ikinci babında namaz,⁷¹ üçüncü babında zekât, öşür, fitre ve kurban,⁷² dördüncü babında oruç⁷³ ve beşinci babında hac ve umre gibi konular⁷⁴ tanınmış mütekelim ve fakihlerin görüşleriyle beraber kapsamlı bir şekilde beyan edilmektedir.

Eserde ibadetlere dair bir ilmihal kitabında bulunması gereken bütün konulara temas edilmiştir. Eserin yazılış amacının daha çok gençlere başlangıç dinî bilgileri vermek olduğu göz önüne alındığında, bunun gerekçesi de makul görülmektedir. Ne var ki, söz konusu meselelerin bir ilmihalde yer alması beklenirdi. Buna karşın ganimetin beşte birinin ve haracın taksimi gibi doğrudan ilmihal ile ilgili olmayan fıkıhın siyer dalına ilişkin konularının eserde yer alması dikkat çekicidir.

İznikî Arapçayı iyi bilmesine rağmen eserini Türkçe yazmıştır. Bu hususta kendisi gerekçe olarak kısaca şu açıklamayı yapmıştır: “*Bu zaif gördi kim bu farz-ı ayn olan ilimde kitablar düzmişler latif ve görklü amma kimi Arabî ve kimi Farişî her kişi anlar mütalaa idüp ma'nasın çıkarmaz ve eger okiyup öğrenürse dahi tizcek girü unudur ya sonre ma'nisin görklü eydimez pes diledi kim bu farz-ı ayn olan ilimde Türkçe bir Mukaddime düze taki mübtedilere anı okumak gekez ola.*”⁷⁵

İznikî'nin de dil ve üslup açısından kendine has özelliği olup Burhânüşşerîa ve Keydânî'den farklı olarak konuyu daha geniş anlatmıştır. Ele aldığı konuyu Hanefî fıkıhında muteber sayılan eserler ve ulemanın görüşlerinden almıştır. Müellif başta Ebû Hanîfe, Ebû Yusuf ve Muhammed eş-Şeybânî olmak üzere diğer Hanefî âlimlerinin görüşlerine pek çok yerde yer vermiştir. Özellikle bunlardan el-Kerhî, et-Tahâvî, Kadîhân ve es-Serahsî zikredilebilir. Ayrıca sadece Hanefî mezhebi âlimleriyle yetinmeyip İmam Şâfiî, Ahmed b. Hanbel ve Ebû Süleyman Dâvud b. Ali gibi diğer mezhep imamlarının görüşlerini de yer yer kaydetmiştir.

İznikî bir konuyla ilgili görüşte ihtilaf varsa farklı görüşleri zikrettikten sonra kendi görüşünü de beyan etmiş, konuyu genelde maddeler halinde ve kapsamlı

70 İznikî, *age.*, vr. 3a-7b.

71 İznikî, *age.*, vr. 7b-22a.

72 İznikî, *age.*, vr. 22a-25b.

73 İznikî, *age.*, vr. 25b-27a.

74 İznikî, *age.*, vr. 27a-29b.

75 İznikî, *age.*, Süleymaniye Ktp., Çelebî Abdullah, nr. 136, vr. 6a-6b; Üstünova, *age.*, s. 139.

olarak işlemiştir. Eser diğer ilmihal eserlerinin aksine, daha çok meselelerin maneviyatını vurgulamaktadır. Bundan dolayıdır ki müellif, ilmi “zahirî ilim ve batinî ilim” diye ikiye ayırmıştır. Zahirî ilimler olarak İslâm’ın beş şartını saymaktadır. Batinî ilim olarak ise, İslâm’ın ahlak kısmını göstermektedir. Kişinin imanının sahil olması için bu ikisinin bir arada olmasının lazım olduğuna işaret etmiştir.⁷⁶ Eser bu iki temel üzerine kaleme alınmıştır.

İznikî konuyu anlatırken bazen uzunca açıklamalar yapmıştır. Meselâ namazda kıraat konusunu anlatırken Kur’ândan birçok hata yapılma ihtimali olan kelimeleri tespit edip her birini tek tek misaller vererek açıklamıştır.

el-Mukaddime’de beşinci bölümün ardından yeni bir bölüme başlanmış, fakat bu bölüm beşinci bölümün devamı gibi verilmiştir. Oysa bu bölümün, konu bakımından ayrı bir bölüm olması gerekmektedir. Beşinci bölümde hac ve umre hükümlerinden söz edilirken birden iyi ve kötü alışkanlıklar, huylar gibi, ahlak bölümünde yer alması gereken konulara girilmiştir.⁷⁷ İznikî, eserinin girişinde, bu bölümün birinci bap ve ikinci bap olmak üzere ikiye ayrılacağını belirtmiş, ama bu ayrımı göstermemiştir.

İznikî eserinde bütün bablarda, her baba giriş mahiyetinde hangi konuları ele alacağını belirtmektedir. Meselâ iman babında ilk başta meşhur Cibril hadisini zikreder, hatta onun da hem zahiri hem de batinî manalarını açıklar. Sonra müte-kellimlerin ve fukahanın görüşlerine yer verir.⁷⁸

2. Muhteva Özellikleri

İznikî eserinde her bir konuyu ilk önce sıralamış, sonra hepsini teker teker uzun uzadıya anlatmıştır. Bazen konu ile doğrudan alakalı olmayan meselelere de geniş bir şekilde yer vermiştir. Önemli gördüğü konuların üzerinde durmuş ve konuyu birçok örnek vererek açıklama yapmıştır. Namaz konusuyla ilgili anlatılabilecek konuları kendisinin de ifade ettiği gibi gençlere yönelik olması sebebiyle bazı uç konuları eserine almamış olan İznikî, ele aldığı konuları sadece zikretmekle kalmayıp misallerini de eklemiştir.

İznikî gusül faslını Kâşğarî, Sedituddin Muhammed b. Muhammed b. Ali’nin (ö.705/1305) *Munyetü’l-musalli ve Ğünyetü’l-mübtedî*, İftihâruddîn Tâhir b. Ahmed b. Abdurreşid el-Buhârî’nin (ö. 482-542/1090-1147) *Hulâsatu’l-fetâvâ, el-*

76 İznikî, *age.*, vr. 28a-41a.

77 İznikî, *age.*, vr. 28a-41a.

78 İznikî, *age.*, vr. 3b.

Muhîtu'l-burhânî fi'l-fıkhî'n-Nu'manî, Mahmud b. Ahmed b. Abdulaziz b. Ömer b. Mâze el-Buhârî'nin (ö. 616/1219) ve *Mecmeu'n-nevâzil ve'l-havâdis ve'l-vâkiât* ve Ahmed b. Musa b. İsa el-Keşşî'nin (ö. 550/1155'den sonra) eserlerine dayanarak bilgi vermiştir.⁷⁹

İznikî namazın mekruhlarını sayarken bir rekâtda birden fazla sürenin okunmasıyla ilgili konuda kaynak göstermeden “Hz. Peygamber'den (s.a.v.) şöyle rivayet olunmuş” diyerek hadis-i şerifi zikretmiştir. Aynı şekilde Ebû Hanîfe'nin de bir sözünü eklemiştir.⁸⁰

III. ESERLERİN ORTAK VE FARKLI ÖZELLİKLERİ

A. Ortak Özellikleri

Müellifler namazın şartlarını sayarken bazı ufak ayrıntılar haricinde hiçbir fark olmadan beyan etmişlerdir. Keydânî namaz hükümlerini hiç açıklama yapmadan sadece sıralamakla yetinmiştir. Ancak Burhânüşşerîa ve İznikî hükümleri sıralamakla yetinmeyip yeri geldikçe bazı açıklamalarda da bulunmuşlardır. Burada dikkati çeken nokta bazı konulara getirdikleri açıklamaların hiçbir farkı olmayıp aynı olmasıdır. Meselâ namazın şartlarında setr-i avret açıklanırken hemen hemen aynı ifadeleri kullanmışlardır.⁸¹

Burhânüşşerîa ve İznikî cemaat faslında, namaz nasıl kılınır, imam olacak kimsenin özellikleri neler olmalı, aynı fasılda imama uyan kimse hakkında geniş bilgi vermişler ve son olarak namazı fasit edebilecek durumları ele almışlardır.⁸²

Burhânüşşerîa “Cemaatle Kılınan Namaza Yetişmek” babında, bir kimse tek başına farza başladıktan sonra kılacağı namazı cemaatle kılmak için kamet getirildiğini duyması halinde kılmakta olduğu namazını bırakacağını belirtir. Aynı konulara İznikî de yeri geldikçe değinmiştir.⁸³

Burhânüşşerîa ve İznikî kaza namazlarını beyan ederken aynı noktalara değinmişler ve namazların kazalarının edasında tertibin önemine vurgu yapmışlardır.⁸⁴ Yine bu iki müellif sehiv secdesi konusunda da ortak noktalara değinmişler-

79 Özel, *age.*, s. 49-51, 56-61.

80 İznikî, *age.*, vr. 14a.

81 Burhânüşşerîa, *age.*, vr 12a; İznikî, *age.*, vr. 10a.

82 Burhânüşşerîa, *age.*, vr. 16a; İznikî, *age.*, vr. 16b.

83 Burhânüşşerîa, *age.*, vr. 17b; İznikî, *age.*, vr. 11b.

84 Burhânüşşerîa, *age.*, vr. 18a; İznikî, *age.*, vr. 18a.

dir. Nitekim namaz kılan kimsenin vacipleri terk veya geciktirmesi halinde sehiv secdesi yapmasının vacip olduğunu söylemişlerdir.⁸⁵

Burhânüşşeria hastanın namazı babında, hasta olan kimsenin ne şekilde namaz kılacağını açıklarken, (gözle) ima yaparak namaz kılamayacağını ve bunun İmam Züfer'e muhalif olduğunu belirtmiştir. Aynı şekilde İznikî de ima ile namaz kılma konusuna değinmiş, namaz kılacak kimsenin başını kaldırmaya gücü yetmiyorsa vasiyet edip, "benim şu kadar namazım kazaya kaldı" diye belirtmesi gerekeceğini söylemiştir.⁸⁶

Burhânüşşeria ve İznikî tilavet secdesi babında da aynı şeylere değinmişler ve bu konuyla ilgili bazı açıklamalarda bulunmuşlardır.⁸⁷

Burhânüşşeria seferi babında, bu konuyla ilgili genel bilgileri verdikten sonra bir kimsenin üç vatanının olduğundan bahseder; aslî vatani, ikamet ettiği vatani ve varacağı yer. Aynı şekilde İznikî de bu konuları misallerle ele almış ve bu konularda kölenin sahibine tabi olacağını da eklemiştir.⁸⁸

Burhânüşşeria ve Keydânî namazın farzlarını sadece sıralamakla yetinmişler, müellifler namazın vaciplerini sayarlarken nerdeyse aynı noktalara değinerek beyan etmişlerdir.⁸⁹ Keydânî ve İznikî namazın sünnetlerini sıralarken hemen hemen aynı noktalara değinmişlerdir.⁹⁰ Ancak bazı farklılıklar olup bunlar eserlerin farklı özellikleri başlığında ele alınacaktır. Her üç müellif de namazı bozan şeyleri sayarken küçük farklılıklar dışında ortak meselelerden söz etmişlerdir.⁹¹

Üç eserde namazda ortak olarak zikredilen mekruhlar şunlardır: Parmaklarını çıtlatmak, imam mihraptayken cemaatin onu görmemesi ve sarık üzerine secde etmek.⁹²

el-Vikâye ve Fıkhu'l-Keydânî'de Zikredilen Mekruhlar:

Boynu sağa ve sola çevirmek, gerinmek, secde etmek için küçük taşları silmek, secdede dirsekleri yere koymak, alnındaki toprağı silmek ve ayetleri saymak.⁹³

85 Burhânüşşeria, *age.*, vr. 22b; İznikî, *age.*, vr. 15a.

86 Burhânüşşeria, *age.*, vr. 24a; İznikî, *age.*, vr. 18b.

87 Burhânüşşeria, *age.*, vr. 19b-20a; İznikî, *age.*, vr. 15a.

88 Burhânüşşeria, *age.*, vr. 19b; İznikî, *age.*, vr. 18b.

89 Burhânüşşeria, *age.*, vr. 13a; Keydânî, *age.*, vr. 7a.

90 Keydânî, *age.*, vr. 9b; İznikî, *age.*, vr. 12a.

91 Burhânüşşeria, *age.*, vr. 14a; Keydânî, *age.*, vr. 23a; İznikî, *age.*, vr. 13a.

92 Burhânüşşeria, *age.*, vr. 15a; Keydânî, *age.*, vr. 15b; İznikî, *age.*, vr. 13b.

93 Burhânüşşeria, *age.*, vr. 15a; Keydânî, *age.*, vr. 15b.

Fıkhü'l-Keydânî ve el-Mukaddime'de Zikredilen Mekruhlar:

Elbisesini çekmek, secdeye giderken ilk önce ellerini yere koymak, sûreleri sırayla okumamak, iki sûreyi cem edip ortasında sûre bırakmak, iki rekâta aynı sûreyi tekrarlamak ve arasında bir sûre olduğu halde bir ayetten diğer bir ayete geçmek.⁹⁴

el-Vikâye ve el-Mukaddime'de Zikredilen Mekruhlar:

Namaz esnasında saçını örmek ve çözmek, elini beline koymak, önünde, yanlarında ve üzerinde ya da elbisede veya döşekte bir canlının resmi olması, başı açıkken namaz kılmak, rahatlamak için çalışırken ve uyurken giydiği elbiseyle namaz kılmak, oturup konuşan birinin arkasında namaz kılmak, camideki imama uyan hanımlar hariç dışarıda hanımların tek erkek imama uyması, akşam namazından önce nafile namazı kılmak ve gündüzün nafile namazları bir selâmla dört rekâttan fazla kılmak.⁹⁵

B. Farklı Özellikleri

Bu başlık altında genel girişin ardından söz konusu eserler temel alınarak namazın şartları, farzları, vacipleri, sünnetleri, müstehabları, mekruhları, mubahları ve namazı bozanlar konusundaki farklılıklar ortaya konulacaktır.

Burhânüşşeria *el-Vikâye* adlı eserinde, *Fıkhü'l-Keydânî* ve *el-Mukaddime'den* farklı olarak namaz konusuna namazın vakitleriyle başlamıştır. Ezan babını muhtasar biçimde beyan etmiş, namaz konuları anlatırken ara ara delillere de yer vermiştir.⁹⁶

Keydânî ise eserinde sadece namazın dışındaki ve içindeki hükümleri beyan etmesi hasebiyle ilk olarak hükümleri belirtmiş ve onların derecelerini açıklamıştır.⁹⁷

İznikî, *el-Mukaddime'de* namaz bahsinde temizlik, teyemmüm, kadın halleri, gusül, abdestin farzları, sünnetleri ve müstahabları, mestin ve suyun hükmü gibi konuları ele almış ve Hanefi mezhebinde muteber âlimlerin görüşleriyle beraber bilgi vermiştir.

Burhânüşşeria cemaat faslında, cemaat ile namaz kılmanın sünnet-i müekkede olduğunu söylerken, İznikî bunun farz-ı kifaye olduğunu belirttikten sonra

94 Keydânî, *age.*, vr. 15b; İznikî, *age.*, vr. 14a.

95 Burhânüşşeria, *age.*, vr. 15a; İznikî, *age.*, vr. 15b.

96 Burhânüşşeria, *age.*, vr. 8a-8b.

97 Keydânî, *age.*, vr. 3b-5a.

et-Tahâvî, el-Kerhî, Davud b. İsfehânî gibi âlimlerin onu farz-ı ayın olarak kabul ettiğini de eklemiştir.⁹⁸

a. Namazın Şartlarındaki Farklılıklar

Müellifler namazın şartlarını sayarlarken Burhânüşşerîa'nın namaz vaktini namazın şartı olarak saymadığı göze çarpmaktadır. Fakat müellif *Kitâbu's-salât* konusunun başında ayrıntılı olarak bu konuyu ele aldığı için burada tekrarlama ihtiyacını duymamış olabilir. Aynı şekilde İznikî de eserinde *Kitâbu's-salât* konusunun başında temizlikten bahsettiği için namazın şartlarını sayarken hadesten taharet şartını belirtmemiştir.⁹⁹

Keydânî eserinde sadece namazın şartlarını saymakla yetinirken, diğer müellifler hem şartları saymışlar hem de her bir şartın üzerinde durarak gerekli yerlerde açıklamada bulunmuşlardır. İznikî kiblenin yönü konusunu açıklarken bazı teknik yöntemlere de yer vermiş ve kendi memleketi olan İznik'de kiblenin nasıl bulunacağını belirtmiştir.¹⁰⁰

b. Namazın Farzlarındaki Farklılıklar

Müellifler namazın farzlarını sayarlarken Keydânî farzların içerisine tertibi de eklemiştir.¹⁰¹ Burhânüşşerîa ve Keydânî namazın şartlarını sadece saymış, İznikî ise âdeti üzere hepsini birer birer açıklamıştır.¹⁰²

İznikî iftitah tekbirini açıklarken “اَكْبِرُ اللهُ” demenin en iyi olduğunu söyledikten sonra “اللهُ أَكْبَرُ”, “اللهُ رَحْمَنٌ” ve buna benzer farklı lafızların kullanılmasında bir sakınca olmadığını kaydetmiştir.¹⁰³ Aynı açıklamayı Burhânüşşerîa namazın içindeki vacipleri sıralarken zikretmiş, ayrıca Ebû Hanîfe'ye dayanarak “اللهُ أَكْبَرُ” lafzının yerine Farsça bir lafız kullanılabileceğini de eklemiştir.¹⁰⁴

c. Namazın Vaciplerindeki Farklılıklar

Eserler arasında namazın vacipleri konusunda göze çarpan farklılıklar olma-

98 Burhânüşşerîa, *age.*, vr. 13b; İznikî, *age.*, vr. 16b.

99 Burhânüşşerîa, *age.*, vr. 9a-9b; İznikî, *age.*, vr. 10b.

100 İznikî, *age.*, vr. 11a.

101 Keydânî, *age.*, vr. 7a.

102 Burhânüşşerîa, *age.*, vr. 9a-9b; Keydânî, *age.*, vr. 3a; İznikî, *age.*, vr. 10b.

103 İznikî, *age.*, vr. 11b.

104 Burhânüşşerîa, *age.*, vr. 10a.

makla beraber *Fıkhü'l-Keydânî*'de konuların umum ve husus olarak ele alınması hasebiyle, hem imam hem de muktedî (namazda imama uyan kimse) için diğer eserlerden farklı olarak azda olsa ilave bilgiler verilmiştir.¹⁰⁵

Keydânî eserini fazla uzatmamak için cenaze, cuma ve bayram namazları için müstakil bir başlık açmadan yeri geldikçe onların hükümlerinden de bahsetmiştir.

d. Namazın Sünnetlerindeki Farklılıklar

Namazın sünnetlerine gelince *Fıkhü'l-Keydânî*'nin umum ve husus ayrımı yine fark edilmektedir. Bunun haricinde *el-Mukaddime* ile birlikte tespit edilen sünnetler neredeyse aynıdır.¹⁰⁶ Ancak *Fıkhü'l-Keydânî*'de olup *el-Mukaddime*'de olmayan üç tane sünnet göze çarpmaktadır. Şöyle ki: “Kişinin namazdan çıkarken sağına ve soluna selam vermesi, imamın tekbiriyle beraber muktedinin de tekbir getirmesi ve (Euzü Besmeleyi) hafi olarak çekmesi.”¹⁰⁷

el-Mukaddime'de olup *Fıkhü'l-Keydânî*'de yer verilmeyen sünnetlerden biri namazın içerisindeki tekbirleri cemaat halinde de olsa söylemektir. *Fıkhü'l-Keydânî*'de son oturuşta teşehhütten sonra namaz kılan kimsenin kendisi ve müminler için dua eder denilirken, *el-Mukaddime*'de Hz. Peygamber'den rivayet olunmuş dualardan okumak fakat okuduğu dua “ettehiyyatü” den uzun olmayacak şekilde bir sınırlandırma getirilmiştir. Aynı şekilde *el-Vikâye*'de bu konuda namaz kılan kimsenin Allah'tan isteyebileceği şeyleri duada ifade edebileceği belirtilmiştir.

Burhânüşşerîa diğer müelliflerden farklı olarak “Kıraat ve Cemaat” fasıllarını açmış olup bu konular dâhilindeki hükümleri sıralamıştır. *el-Vikâye*'nin mukayese yaptığımız diğer eserlerden farkı, söz konusu eserde namazın içerisindeki hükümlerin sırasına göre değil, namaz kılınış sırasına göre fasıllar halinde beyan edilmiş olmasıdır. Bundan dolayıdır ki, fasıllarda tespit ettiğimiz hükümler ve açıklamaların benzerleri diğer eserlerde farklı baplarda ve fasıllarda zikredilmiştir.

e. Namazın Müstehablarındaki Farklılıklar

Fıkhü'l-Keydânî'de müstehab konusu *el-Mukaddime*'ye nazaran geniş ele alınmıştır. Aynı şekilde Keydânî umum ve husus ayrımını burada da sürdürmüştür.¹⁰⁸

105 Keydânî, *age.*, vr. 8a.

106 Keydânî, *age.*, vr. 9b; İznîkî, *age.*, vr. 12a.

107 Keydânî, *age.*, vr. 11a.

108 Keydânî, *age.*, vr. 12a; İznîkî, *age.*, vr. 11b.

el-Vikâye'de "teşehhüt"te parmak kaldırmanın iyi olmadığı kaydedilirken, *Fıkhul-Keydânî*'de bu haram olarak belirtilmiştir.¹⁰⁹ *el-Mukaddime*'de ise *el-Vikâye*'de iyi olmadığı kaydının olduğu belirtilmekle beraber müstehablar içerisinde sıralanmıştır.¹¹⁰ Hucendî (ö. 1297/1880) hayatını anlatırken zamanının Mâverâunnehir âlimlerini eleştirmiş ve yukarıda belirttiğimiz farklılıklara değinerek şöyle demiştir:

"Müslüman, Hanefî mezhebinde olan kimsedir, diğer mezheplerde olanlar hataya düşmüş, hak olandan uzaklaşmıştır. Bu inanç ve kanaatin sonucu olarak da namazda, teşehhüd okurken işaret parmağı ile işaret etmeye haram diyorduk; çünkü Keydânî'nin fıkıh kitabında, Hadisçiler gibi, tahiyat okurken parmak ile işarette bulunmak haramlar arasındadır, diye yazıyordu. Buralarda meşhur olan Mes'ûdî'nin kitabında da bu konu şöyle idi: İşaret parmağıyla işarette bulunmak öncekiler zamanında sünnet idi, bunu Şiiler ve Rafizîler uyguladılar, bu sebeple Ehl-i sünnetin sonradan gelenleri bunu terk ettiler, dolayısıyla uygulamadan kalktı (mensuh oldu). Bazı kitaplarda da fetvanın bu açıklamaya göre verileceği yazdığından biz işareti yasaklıyorduk. Bunun sonucu olarak Hanefî olmayanın Müslüman da olmadığını, Hanefî mezhebinden başkasıyla amel etmenin caiz olmadığını zannediyorduk. Çünkü zamanında Buhara müftüsü olan Allâme Şemsüddîn Muhammed Kuhistânî, *el-Vikâye muhtasarına* yazdığı şerhinde şöyle diyordu:

Mezhebde kabul gören kurala göre Ebû Hanîfe'den başka sahâbe veya tâbiünden hiçbiri taklit edilmez. Muhammed Pârsânın *el-Fusûlü's-sitte* isimli kitabında kaydettiğine göre Hz. İsa indiği zaman Ebû Hanîfe'nin mezhebine göre hükmedecek."¹¹¹

Burhânüşşerîa yukarıda da söylediğimiz gibi eserinde namazın hükümlerinin sırasına göre değil de, rükünlerinin sırasını takip etmiştir. Bundan dolayı müstehabları saymanın yerine namazda abdestin bozulması ve teşehütten sonra namazı bozan şeyler bağlamındaki konuları ele almıştır.

f. Namazı Bozan Şeylerdeki Farklılıklar

Eserler namazı bozan şeylerden bahsederken hemen hemen aynı şeyleri zikretmişlerdir. Ancak *el-Mukaddime*'de beyan edilen kıraat da imamin takılmasıyla ilgili konu *el-Vikâye*'de zikredilmemiştir.¹¹² *Fıkhul-Keydânî*'de namazda gülmek

109 Keydânî, *age.*, vr. 15a.

110 İzniki, *age.*, vr. 12b.

111 Karaman, *age.*, s. 62.

112 Burhânüşşerîa, *age.*, vr. 15a; İzniki, *age.*, vr. 13b.

ve sebepsiz olarak bir farzı terk etmek sıralanmıştır.¹¹³ *el-Vikâye* ilk önce namazı bozanları, sonra da namazı bozmayanları saymıştır. *el-Mukaddime*'de namazı bozanları kaydetmekle beraber yeri geldikçe bozmayanlardan da bahsetmiştir. *Fıkhü'l-Keydânî* ise sadece namazı bozan şeyleri saymakla yetinmiş ayrıca, *Fıkhü'l-Keydânî*'nin diğer bir farkı namazın içerisindeki haramları zikretmesidir.¹¹⁴

el-Vikâye namazın içerisindeki vacipleri sayarken bismelenin ve Fatihâdan sonra "Âmîn" ifadesinin cehri söylenmemesinin gerekli olduğunu söylerken, *Fıkhü'l-Keydânî* bunun cehri söylenmesinin haram olduğuna temas eder.¹¹⁵ *el-Mukaddime*'de ise sünnet olarak sayılmıştır.¹¹⁶

Fıkhü'l-Keydânî namazda ayaklarını dik tutarak üzerine oturmanın ve namaz kılariken yukarıya bakmanın haram olduğunu söylerken, *el-Vikâye* ve *el-Mukaddime*'de bu fiillerin mekruh olduğu belirtilmiştir.¹¹⁷

Fıkhü'l-Keydânî'de imamın namazı uzatmasının mekruh olduğu kaydedilirken,¹¹⁸ *el-Mukaddime*'de cemaate zor gelecek şekilde uzatmasının haram ve küfür olduğunun söylendiği ifade edilmiştir.¹¹⁹

g. Namazın Mekruhlarındaki Farklılıklar

Burhânüşşerîa namazı bozan şeylerle namazın mekruhlarını aynı bapta zikrederken, Keydânî ve İznikî namazın mekruhlarını müstakil bapta ele almışlardır.¹²⁰ Ayrıca İznikî bu bapta sadece kıratta mekruh ve fasit olan şeyleri beyan etmiştir.¹²¹ Müellifler bu konuyu uzunca ele almışlardır. Burada farklılıklarının çok olması hasebiyle bu konu eserlerin ortak özellikleri başlığı altında, "ortak olarak saydıkları mekruhlar" kısmında açıklanmıştır.

h. Namazın Mubahlarındaki Farklılıklar

Fıkhü'l-Keydânî haricinde diğer eserlerin hiç birisi namazın mubahlarını bap veya fasıl olarak ele almamışlardır.¹²² *el-Vikâye*'de mekruh olarak zikredilen na-

113 Keydânî, *age.*, vr. 23a.

114 Keydânî, *age.*, vr. 14a.

115 Burhânüşşerîa, *age.*, vr. 10a; Keydânî, *age.*, vr. 14a.

116 İznikî, *age.*, vr. 12a.

117 Burhânüşşerîa, *age.*, vr. 16a; Keydânî, *age.*, vr. 14a; İznikî, *age.*, vr. 13a.

118 Keydânî, *age.*, vr. 22a.

119 İznikî, *age.*, vr. 16b.

120 Burhânüşşerîa, *age.*, vr. 15a; Keydânî, *age.*, vr. 15b; İznikî, *age.*, vr. 14a.

121 İznikî, *age.*, vr. 14b.

122 Keydânî, *age.*, vr. 21b.

mazda yılan veya akrep öldürme,¹²³ *Fıkhul-Keydâni*'de mubah olarak geçmektedir. Aynı şekilde *el-Mukaddime*'de mekruh olarak sayılan, bir sûrenin sonu ilk rekâtta diğer bir sûrenin ahirini ikinci rekâtta okumak ve nafîle namazlarda bir sûreyi tekrarlamak,¹²⁴ *Fıkhul-Keydâni*'de mubah olarak belirtilmektedir.

Burhânüşşeriâ vitir ve nafîle namazlardan ayrıntılı olarak bahsederken, İznikî vitir ve nafîle namazlar için başlık açmayıp yeri geldikçe kısaca değinmiştir. Bunun yerine müellif cami hükmünü ve namaz kılan kimselere aşikâr olması için bazı meselelere değinmiştir.¹²⁵ Daha sonra Burhânüşşeriâ güneş ve ay tutulması halinde kılınacak olan namazlardan söz açarak kısaca anlatırken İznikî bu konuyu eserine hiç almamıştır.¹²⁶

Burhânüşşeriâ cuma ve bayram namazları için ayrı baplar açarken İznikî bu iki namazı aynı bapta ele almış ve bayram namazından kısaca bahsederek cuma namazı için aranan şartların bayram namazları için de geçerli olduğunu söylemekle yetinmiştir.¹²⁷ Müellifler Cuma namazı için vacip olanları sayarlarken; Burhânüşşeriâ namazı kılacak olan kimsenin hür, akıl sahibi ve buluğa ermiş olacağını şart koşmuş, İznikî bunları şart koşmamış fakat hutbe okumanın vacip olduğunu eklemiştir. Burhânüşşeriâ, cuma namazı kendisine vacip olmayan bir kimsenin öğle namazının farzını eda edeceğini söylerken, İznikî böyle durumda kıldığı Cuma namazının öğle namazı yerine geçeceğini söylemiştir. Cuma namazının şehirde ve cemaatle kılınmasının şart olduğunu söylemişler ve bu konuyla ilgili farklı misaller vererek beyan etmişlerdir. Burhânüşşeriâ cuma namazı vaktinde cemaat ile öğle namazının kılınmasının mekruh olduğunu belirtmiştir. Yine Burhânüşşeriâ bayram namazını da geniş olarak ele almış ve namazın hangi vaktite kılınacağını ve nasıl kılınacağı konusunu açıklamıştır.¹²⁸

Burhânüşşeriâ korku namazı için müstakil bir bap açarak muhtasar bir biçimde anlatırken, İznikî bu konuya da değinmemiştir.¹²⁹

Burhânüşşeriâ cenaze namazı ve şehit için ayrı baplar açarken, İznikî cenaze namazı babı dâhilinde şehit konusunu da işlemiştir. İznikî iki konuyu aynı bapta işlemesine rağmen her bir noktanın ayrıntılarını misaller vererek açıklamıştır. Son

123 Burhânüşşeriâ, *age.*, vr. 16a.

124 İznikî, *age.*, vr. 14a.

125 İznikî, *age.*, vr. 16b.

126 Burhânüşşeriâ, *age.*, vr. 17a.

127 Burhânüşşeriâ, *age.*, vr. 20a-20b; İznikî, *age.*, vr. 18a-18b.

128 Burhânüşşeriâ, *age.*, vr. 20a-20b; İznikî, *age.*, vr. 18a-18b.

129 Burhânüşşeriâ, *age.*, vr. 17a.

olarak namaz dualarını Türkçeleriyle birlikte eserine almıştır.¹³⁰ Burhânüşşerîa bu konularda fazla ayrıntıya girmeden muhtasar bir şekilde bilgi vermiştir. Yine diğer iki eserde yer almayan Kâbe'de farz ve nafilâ namazları kılmak konusunu kısaca ele almıştır.¹³¹

SONUÇ

Bu makalede Burhânüşşerîa, Lütfullah el-Keydânî ve Kutbuddin İznîkî'nin hayatları üzerinde kısaca durulmuş ve kaleme almış oldukları eserlerden hareketle çalışmaların telif edilme nedenleri ve özellikle namaz örneğinde ortak ve farklı özellikleri tespit edilerek karşılaştırma yapılmıştır.

Çalışmamızın ana konusunu teşkil eden adı geçen Hanefî fakihler aynı dönemde yaşamamış olmalarına karşın, eserlerinin üslup ve ortak özelliklerine bakıldığında kendi aralarında bir etkileşmenin olduğu söylenebilir. Nitekim "Eserlerin Ortak Özellikleri" başlığı altında söz konusu hususla alakalı tespitler yapılmıştır. Eserlerin konuları ele alış biçimine bakıldığında *el-Mukaddime*'nin *el-Vikâye*'den etkilendiği açıkça görülmektedir. *Fıkhü'l-Keydânî* her ne kadar kendine has bir metotla telif edilmiş olsa da bazı ifadelerin *el-Vikâye*'dekilerle örtüştüğü görülmektedir. *Fıkhü'l-Keydânî* ile *el-Mukaddime*'nin de ortak ifadeleri bulunmaktadır. *el-Mukaddime*'nin sonradan kaleme alınması hasebiyle diğer eserlerden daha çok faydalandığı söylenebilir.

Müelliflerin eserlerini kaleme alma amaçları ve yaşadıkları dönemin hassasiyetlerini göz önünde bulundurarak teliflerinde bazı yaklaşım ve tercih farklılıkları tespit edilmiştir. "Eserlerin Farklı Özellikleri" başlığı altında belirtildiği gibi, namazın ilk ve son oturusunda işaret parmağının kaldırılması konusunda zıt görüşlerin ortaya çıkmış olması dönemlerin hassasiyetinden kaynaklı bir durum olarak anlaşılmaktadır. Her bir eserin müellifi farklı olması hasebiyle konuların ele alınış ve işleniş biçimleri doğal olarak aynı değildir.

Kısacası, burada ele alınan eserlerin Hanefî fıkhî çizgisinde telif edilmeleri nedeniyle çalışmalarda yapılan tercihler başta Ebû Hanîfe olmak üzere Ebû Yusuf ve Muhammed gibi mezhep imamlarının ittifak ettiği görüşleri doğrultusundadır. İmamlar arasında ihtilaf edilen konularda ise çoğunlukla Ebû Hanîfe'nin görüşü, bazen imameynin bazen de sadece bunlardan birininki tercih edilmiştir. Ayrıca

130 Burhânüşşerîa, *age.*, vr. 21b-23a; İznîkî, *age.*, vr. 19b-20a

131 Burhânüşşerîa, *age.*, vr. 23b.

belirtilmelidir ki, müelliflerin kendilerine özgü fikirleri sebebiyle azda olsa kimi meselede tercih edilmiş olan imamlar ve fakihler farklı olabilmektedir. Bazen de Hanefi mezhebi imamları ve âlimleriyle yetinmeyip azda olsa benimsedikleri görüşü destek sadedinde İbn Ebî Leylâ, İmam Şâfiî, Ahmed b. Hanbel ve Dâvud b. Ali gibi diğer mezhep imamlarının görüşlerine de yer verilmiştir.

MERĞİNÂNÎ'NİN EL-HİDÂYE ADLI ESERİNDE İMAM MÂLİK VE İMAM ŞÂFİÎ'YE NİSBET ETTİĞİ BAZI GÖRÜŞLERİN TAHLİLİ

Dr. Muhammed Hüsnü ÇİFTÇİ*

Özet: Farklı mezheplere hatta aynı mezhebe mensup fakihlerin zaman zaman başkalarına ve özellikle mezhep imamlarına nispet ettikleri görüşlerin kendilerine ait olmadığı (hatalı nispette buldukları) gerek klasik literatürde gerekse günümüz çalışmalarında gündeme getirilmiş olup bunların örneklerine "Giriş" kısmında değinilecektir. Makalede bu konuya sistematik bir bakışa imkan verecek bir tercih yapılmış, Hanefî mezhebinin önemli ve üzerine en çok şerh / hâşiye yazılmış kaynaklarından olan ve sık sık İmam Mâlik (v. 179/795) ve İmam Şâfîî'nin (v. 204/820) görüşlerini de zikreden Burhâneddîn el-Merğînânî'nin (v. 593/1197) *el-Hidâye fi şerhi Bidâyeti'l-mübtedî* adlı eserinde mezkûr imamlara nispet edilen görüşlerin incelenmesine yer verilmiştir. Bu inceleme sırasında, anılan iki imama bazen hatalı nispette bulunulduğu, bazen kendilerinden rivayet edilen birden fazla görüşten sadece birisine yer verildiği ve bu görüşlerin onların mezhebindeki râcih görüşle örtüşmediği tespit edilmiştir. Sadece müstensih hatası ile izah edilmesinin yeterli olmadığı görülen bu durumun neden kaynaklanmış olabileceği, ele alınan her bir meselede özel olarak incelenmiştir. Bazı *el-Hidâye* şârihlerinin Merğînânî'nin verdiği hatalı veya eksik bilgileri aynen aktarmış hatta bazen teyit sadedinde delillendirme gayretine girişmiş olmaları da böyle bir çalışmaya ihtiyaç bulunduğunu ortaya koymuştur.

Anahtar Kelimeler: Hanefî Mezhebi, Merğînânî, Mâlik, Şâfîî, el-Hidâye, İbadat, Muamelat.

تحليل بعض الآراء الفقهية التي نسبها المرغيناني في كتابه الهداية إلى الإمامين مالك والشافعي

ملخص: تناول هذه المقالة الآراء التي أسندها خطأ الإمام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني إلى الإمامين مالك والشافعي في كتابه «الهداية في شرح بداية المبتدي» الذي يُعدُّ من المصادر الثانوية للفقهاء الحنفي. و من المعلوم في «الهداية» أسندت العديد من الآراء إلى الإمامين سلفي الذكر، ولكن بعضها لا يتناسب مع الآراء الراجحة الواردة في المصادر الأساسية لهذين الإمامين المذكورين. قدمنا المواضيع تحت عنوانين: العبادات والمعاملات، فذكرنا أولاً آراء مذهب الحنفية ثم آراء أئمة المذاهب الأخرى من مصادرهم الأصلية. في الخطوة التالية تم تحليل وتصحيح الآراء/ النسبة التي أسندها الإمام المرغيناني خطأ إلى إمام المذهب. وفي هذا السياق سرد الرأي المغنى به من كتبهم الأساسية. والنتيجة التي وصلنا إليها هي أن أسانيد المصنف الخاطئة لم تكن ناجمة عن خطأ المستنسخ بل رُبَّمَا عن قلة وجود مصادر المذاهب الأخرى بحكم العصر الذي عاش فيه. ومن اللافت للنظر أن بعض شُرَّاح الهداية نقلوا هذه المسائل الناقصة أو الخاطئة مباشرة بدون تدقيق أو تحقيق. وذهبوا أحياناً إلى تأكيد هذه الأخطاء والاستدلال على صحتها.

الكلمات المفتاحية: المذهب الحنفي، الإمام المرغيناني، الإمام مالك، الشافعي، الهداية، العبادات والمعاملات.

GİRİŞ

Fıkıh mezhepleri arasındaki ihtilâflı konuları inceleyen ilim dalına, hilâf ilmi (ilm-i hilâf / hilâfiyyât) yahut mukayeseli / karşılaştırmalı hukuk denir.¹ Genelde belli bir mezhebe bağlı âlimler tarafından kaleme alınan gerek ilm-i hilâf gerekse fûrû veya usul kitaplarında diğer mezheplere nispet edilen bilgilerin güvenilir olması çok önemli bir özelliktir. Bu bağlamda müellifin başka mezhep imamının veya mezhebin görüşü olarak zikrettiği hükmün o imamın veya mezhebin tercih edilen / müftâ bih görüşü olması da önem taşır. Fakat yapılan incelemeler, gerek hilâf gerekse fûrû literatürü kapsamındaki eserlerde müelliflerin diğer mezhep görüşlerine yeteri düzeyde vâkıf olamaması veya benzeri sebeplerle zaman zaman hatalı veya eksik bilgi aktardıklarını ortaya koymaktadır.² Klasik literatürde bu durumu eleştiren bir çok fakihe ve ifadeye rastlanır. Meselâ yerinde inceleneceği üzere İbnü'l-Hümâm (v. 861/1457), Merğînânî'nin İmam Mâlik'in müt'a nikahını mübah gördüğü ifadesini "bunun Mâlik'e nispeti hatadır" (نسبته الى مالك غلط) diyerek eleştirir; Şârih Sadruddîn b. Ebi'l-İzz (v. 792/1390) de Merğînânî'nin dikkatsiz davrandığını (غفل) belirtir.³ Günümüzde bu konuya ışık tutan bazı akademik çalışmalar da yapılmıştır.⁴ Makalemizde bu konuya sistematik bir bakışa imkan verecek bir seçim yapılmış, Hanefî mezhebinde mümtaz bir yere sahip bulunan, üzerine en çok şerh / hâşiye yazılmış fıkıh kaynaklarından olan ve sık sık İmam Mâlik (v. 179/795) ile İmam Şâfiî'nin (v. 204/820) görüşlerini de zikreden Burhâneddîn el-Merğînânî'nin (v. 593/1197) *el-Hidâye fi şerhi Bidâyeti'l-mübtedî* adlı eserinde mezkûr imamlara nispet edilen görüşlerin incelenmesine yer verilmiştir.

- 1 Özen, Şükrü, "Hilâf", *DİA*, XVII, 527. İlgili yerde hilâf ile ihtilâf arasındaki nüansa da değinilmektedir.
- 2 Meselâ ez-Zemahşeri, Muhammed b. Ömer, *Ruusu'l-mesâil* (thk. Abdullah Nezîr Ahmed, Beyrut 1983, s. 156)'de ref'u'l-yedeyn meselesinde İmam Şâfiî'ye göre 'eller kıyam, rükû ve secdeden kalkıldığında kaldırılır' demektedir. Halbuki -muhakkikin de ifade ettiği gibi- Şâfiî mezhebinden hiç kimse secdeden kalkıldığında ellerin kaldırılacağı görüşünü savunmamıştır. Ayrıca başın meshedilme sayısı ile ilgili yerde de benzer bir nisbet söz konusudur. (bkz. a. g. e, s. 104.) Yine Mâlikîler'den İbn Cüzey, Mâlikî mezhebinde kölenin sahibinin izni olmadan evlenmesinin câiz olmadığını bildirirken (*el-Kavânimü'l-fıkhiyye*, s. 132), Şâfiî mezhebindeki hükmün buna aykırı olduğunu söyler. Halbuki Şâfiî mezhebinde de hüküm aynıdır. (Şâfiî, *el-Ümm*, VI, 158.)
- 3 Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 1125.II, 472; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadir*, III, 247; Sadruddîn b. Ebi'l-İzz, *et-Tenbîh alâ müşkilâtü'l-Hidâye*, III, 1125.
- 4 Bkz. Köse, Saffet, "Mezhep Görüşleriyle İlgili Farklı Nakiller", İslâmî Sosyal Bilimler Dergisi, C. 3., Sy. 1, 1995, s. 101-128. Ayrıca Prof. Dr. Orhan Çeker'in danışmanlığında üç yüksek lisans çalışması yapılmıştır: Usta, Havva, *İbn Rüşd'ün Bidâyeti'l-Müçtehid Adlı Eserinde Ebû Hanife'ye Ait Görüşlerin Tahkiki*, Y. Lisans, Konya-2007. Yurtseven, Ayşegül, *İbn Rüşd'ün Bidâyeti'l-Müçtehid Adlı Eserinde Ahmed B. Hanbelî Ait Görüşlerin Tahkiki*, Y. Lisans, Konya-2009. Sayman, Zübeyde, *İbn Rüşd'ün Bidâyeti'l-Müçtehid Adlı Eserinde Zahirî Mezhebine Ait Görüşlerin Tahkiki*, Y. Lisans, Konya-2007.

el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l mübtedî adlı eserin gerek *el-Bidâye* isimli metni⁵ gerekse şerhi Türkistan Fergana doğumlu Ebü'l-Hasen Burhâneddîn Ali b. Ebî Bekr el-Merğînânî tarafından on üç senede telif edilmiştir.⁶ Musannif eserinde genelde Ebû Hanîfe'nin (v. 150/767) bazen İmam Ebû Yûsuf (v. 182/798)⁷ ve Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin (v. 189/805)⁸ nadir de olsa Züfer b. Hüzeyl'in (v. 158/774)⁹ görüşünü tercih etmektedir. Ayrıca müellifin, önceki Hanefî hukukçuların sistematiğine bağlı kalmakla birlikte zaman zaman farklı düzenlemelere gittiği¹⁰ ve kendine has bir üslup geliştirdiği anlaşılmaktadır.¹¹ Meselâ Hanefî mezhebine ait görüş farklılıklarını zikrederken bazı mülahazalarla zayıf gördüğü görüşü önce, kuvvetli gördüğünü ise sonra zikretmektedir.¹² Merğînânî, gerek Hanefî mezhebi içindeki gerekse mezhepler arasındaki ihtilâflı meseleleri çoğunlukla delilleriyle beraber zikrettiği için *el-Hidâye*, müdellel fûrû kaynakları arasında sayılmaktadır.

Merğînânî, *el-Bidâye*'de Hanefî mezhebinin tercih edilen görüşünü ifade ettikten sonra *el-Hidâye*'de çoğunlukla İmam Şâfiî'nin, bazen de İmam Mâlik'in görüşlerini zikreder. Ahmed b. Hanbel'in görüşlerini zikrettiğine ise rastlanmamaktadır. Merğînânî bu iki mezhep imamına yaptığı atıflarda genelde “خلافا للشافعي” ve “ذكره”، “حجة على مالك”، “حجة على الشافعي”، “عند الشافعي”، “قال الشافعي” bazen de “قال مالك” ve “مالمك” gibi ifadeler kullanır. Yaptığımız in-

5 *Bidâyeti'l-mübtedî*, Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin *el-Câmiu's-sağîr*'i ile Kudûrî'nin *el-Muhtasar*'ında yer alan meselelerin bir araya getirilmesiyle telif edilmiştir. Musannif önce bu metne *Kifâyeti'l-müntehî* adlı bir şerh yazmış daha sonra bunu ihtisar etmiştir. (Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye fi terâcimi'l-Hanefiyye*, Beyrut 1998, s. 141-142.

6 Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn an esâmi'l-kütüb ve'l-fünûn*, Ankara 1941, II, 2032; Kavakçı, Yusuf Ziya, *XI ve XII. Asırlarda Karahanlılar Devrinde Mâverâünnehîr İslam Hukukçuları*, Ankara 1976, s. 133; Eserin altmış civarında şerh ve hâşiyesi bulunmaktadır (Kallek, Cengiz, “el-Hidâye”, *DİA*, XVII, 471). Önemli bazı şerhleri için bkz. Taşköprüzâde, *Miftâhü's-saâde ve misbâhü's-siyâde fi mevzûati'l-ulûm*, Kahire 1968, II, 266-271.

7 Bu konuda Ebû Yûsuf'un “akan irin ve kusmuğun az oldukları takdirde abdesti bozmadıklarını, dolayısıyla necis de sayılmayacağı” yönündeki görüşü (*el-Hidâye*, I, 33.) ile Cuma günü guslün sünnet olmasının Cuma namazı sebebiyle olduğu şeklindeki görüşünü (*el-Hidâye*, I, 39.) örnek verebiliriz.

8 İmam Muhammed'in Rey şehrine gittikten sonra umum-i belvâ sebebiyle elbise üzerinde hayvan tersi fahiş derecede çok da olsa, onunla namaz kılınabileceğine dair fetvası (*el-Hidâye*, (thk. Muhammed Muhammed *Tâmir*), I, 85-6), buna örnek verilebilir.

9 İmam Züfer'in “evin sadece salonunu görmenin rü'yet hakkını düşürmeyeceği” (Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 959) yönündeki görüşü, buna misal verilebilir. Ayrıca İmam Züfer'in mezhepte tercih edilen yirmiye yakın görüşü için bkz. İbrahim Pirizâde, *el-Kavlü'l-ezhar*, s. 38-47; Kevserî, *Lemehâtü'n-nazar fi sîreti'l-İmâm Züfer*, s. 21.

10 Koca, Ferhat, “Merğînânî”, *DİA*, XXIX, 182; Bedir, Mürteza, “Züfer b. Hüzeyl”, *DİA*, XLIV, 529.

11 Müellifin takip ettiği metotla ilgili bilgiler için bkz. Taşköprüzâde, *Miftâhü's-saâde*, II, 264-266; Kayapınar, Hüseyin, “Merğînânî ve Eseri Hidâye”, *Diyanet Dergisi*, c. XXII, Sayı. 2, Ankara 1986, s. 30.

12 Merğînânî, *el-Hidâye*, I, 11; Kallek, Cengiz, “el-Hidâye”, *DİA*, XVII, 471.

celemelerde Merğînânî'nin bu imamlara onlara ait olmayan¹³ görüşler nispet ettiği görülmüş; -tamamının müstensih hatası olması düşünülemeyecek- bazı hatalı nispetlerin muhtemel sebepleri üzerinde durulmuştur. Bu vesileyle çalışmamızda, mezkûr imamlardan rivayet edilen görüşlerden onların mezhebindeki râcih görüşle örtüşmeyenlere atıf yapılan durumlar ile Hanefî mezhebinin her iki imama veya cumhura muhalefeti bulunduğu halde müellifin bu hususa değinmediği bazı meselelere¹⁴ de değinilmiştir. Öte yandan bu tür mukayeselere yer verilmesi beklenen bazı durumlarda diğer mezheplerin görüşlerine hiç değinilmediği görülmektedir.¹⁵

Çalışmamızda, öncelikle *el-Hidâye* taranarak İmam Mâlik ve İmam Şâfiî'ye görüş nispet edilen meseleler belirlenmiştir. Bu belirleme yapılırken özellikle Muhammed Muhammed Tâmir ile Hâfız Âşûr Hâfız'ın *el-Hidâye* üzerine müştereken hazırladıkları tenkitli neşir çalışmasının inceleme kısmında yaptıkları tespitlerden de¹⁶ istifade edilmiştir. Her bir mesele ele alınırken önce o konuyla ilgili kısa açıklamalar yapılmış, daha sonra mezheplerin yaklaşımlarına ve tahliline geçilmiştir.

İbadetler ve Muamelat şeklinde iki ana başlıkta ele aldığımız meseleler ele alınırken gerek Hanefilere gerekse diğer mezhep imamlarına ait görüşler temel kaynaklarından aktarılmaya gayret edilmiştir. Merğînânî'nin nispetinde hata ettiği kanaatine varılan durumlarda ise, mezhep imamına ait görüş tahlil edilip doğrusu ortaya konurken ilgili mezhepteki müftâbih görüşün kaynaklarına dayanılmıştır.

A. İBADETLER

1. Cuma Günü Gusül Etmenin Hükmü

Sözlükte “yıkamak, temizlemek” manasında mastar ve “yıkama” anlamında isim olan gusül (gusl) kelimesi, terim olarak cünüplük, hayız ve nifas gibi hükmî kirlilikten temizlenme niyetiyle bütün vücudu su ile yıkamayı ifade eder.¹⁷

13 Ayrıca bkz. Kallek, Cengiz, “el-Hidâye”, *DİA*, XVII, 472.

14 Nitekim Merğînânî, Hanefilere göre kâhkahanın abdesti bozduğunu ifade ettiği yerde, bunun sadece imam Şâfiî'ye muhalif olduğuna işaret etmektedir (*el-Hidâye*, I, 34). Halbuki bu Mâlikî ve Hanbelîler'in de aralarında bulunduğu cumhurun görüşüne de muhaliftir.

15 Meselâ bir kısım Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî fukahâsına göre, imam cehri olarak iki rekat istiskâ namazı kıldırabildiği halde, Merğînânî böyle bir ihtilafa temas etmemiştir. Bkz. Merğînânî, *el-Hidâye*, I, 219-220. Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, Kahire 1324, I, 165-166; İbn Abdilber, *el-İstizkâr*, VII, 133; Desûkî, *Hâşiyetü'ş-Şerhi'l-kebir*, I, 404; Şâfiî, *el-Ümm*, II, 85; Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebir Şerhi Muhtasari'l-Müzeni*, Beyrut 1994, II, 513; İbn Kudâme, *el-Muğni* (thk. Abdulmuhsin et-Turki), Kahire 1992, III, 334; İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdü'l-me'âd*, I, 456.

16 Merğînânî, *el-Hidâye* (thk. Muhammed Muhammed Tâmir ve Hâfız Âşûr Hâfız), Dârü's-selâm, Kahire 2006.

17 Şener, Mehmet, “Gusül”, *DİA*, XIV, 213.

Âlimler, zikredilen durumlarda guslün farz olduğu hususunda ittifak etmekle beraber, cuma günü namazdan önce kişinin gusül almasının gerekli olup olmaya-çağı konusunda ihtilaf etmişlerdir.¹⁸

Hanefî mezhebinde kişinin cuma namazından önce gusül almasının hükümü İmam Muhammed tarafından vâcip olmayan bir amel olarak ifade edilirken¹⁹ Merğînânî bunu müstehap olarak kaydetmektedir.²⁰ Şâfiî²¹ ve Mâlikî mezhebinde de sünnet olmakla beraber, bazı Mâlikî kaynaklarında vâcip (müekked sünnet) olarak kabul edilmektedir. Sahâbeden Ebû Hüreyre ve Ammâr b. Yâsir ile bir rivayete göre mezhep imamlarından Ahmed b. Hanbel²² ve Zâhirî²³ mezhebine göre vâciptir.²⁴

Merğînânî, *el-Hidâye*'de İmam Mâlik'in cuma günü gusül abdesti almayı vâcip gördüğünü ve “Cuma gününe yetişen kişi gusül alsın!”²⁵ mealindeki hadisi de buna delil gösterdiğini zikreder.²⁶ Fakat gerek *el-Hidâye* şerhlerinde, gerekse Mâlikî kaynaklarında verilen bilgilerin bu doğrultuda olmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim Sadruddîn b. Ebi'l-İzz, bunun İmam Mâlik'in görüşü (mezhebi) olmadığını, Mâlikîler'in bunu “müekked bir müstehap” yani terkedilmesi mekruh olan “vâcip bir sünnet” gördüğünü, bu sebeple sonraki Mâlikîler'in “Cuma guslü vâcip sünnettir.” ifadesini kullandıklarını nakleder.²⁷ Ayrıca Merğînânî'nin İmam Mâlik'in delili olarak rivayet ettiği mezkûr hadisin aynı lafızla *el-Muvatta*'da yer almadığı, Kütüb-i Sitte içinde sadece Tirmizî'de²⁸ yer aldığı görülmektedir.

18 Şirbini, Şemsüddîn Hatîb Muhammed b. Ahmed, *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti me'âni elfâzî'l-Minhâc*, I, 292.

19 Şeybânî, *el-Asl* (thk. Mehmet Boynukalın), Beyrut 2012, I, 60; *el-Muvatta*, s. 47; قال محمد : الغسل أفضل يوم الجمعة وليس بواجب وفي هذا آثار كثيرة

20 Merğînânî, *el-Hidâye*, I, 39. Merğînânî, bazılarının bunu müstehap gördüğünü belirtir.

21 Mâverdi, *el-Hâvi*, I, 372; İbn Dakîku'l-İyd, *Tuhfetü'l-Lebib* (thk. Sabri b. Selame Şahin), Riyad 1999, s. 57.

22 Hanbelî mezhebinde asıl olan görüşe göre Cuma günü gusül almak müstehaptır. İbn Kudâme, *el-Muğni*, (thk. Abdullâh b. Abdülmuhsin Türkî vd.), Kahire 1992, III, 257.

23 İbn Hazm, *el-Muhallâ* (thk. Ahmed Muhammed Şâkir), Kahire tsz., II, 9.

24 Bâci, *el-Müntekâ*, I, 186; Sadruddîn b. Ebi'l-İzz, *et-Tenbih alâ müşkilâti'l-Hidâye* (thk. Abdülhakim b. Muhammed Şâkir), 2003, I, 310. Karaman, Hayreddin, “Cuma”, *DİA*, VIII, 85.

25 Tirmizî, “Cuma”, 3 (238) (thk. Beşşâr Avvâd Ma'rûf), Beyrut 1998; “مَنْ أَتَى الْجُمُعَةَ فَلْيَغْتَسِلْ”

26 Merğînânî, *el-Hidâye*, I, 39. هو واجب : وقال مالك (رحمه الله) : قال إذا جاء أحدكم الجمعة فليغتسل. Mâlikî *el-Muvatta*'nda “قَالَ إِذَا جَاءَ أَحَدُكُمْ الْجُمُعَةَ فَلْيَغْتَسِلْ” şekliyle yer aldığı görülmektedir. Mâlikî, *el-Muvatta*' (Yahyâ b. Yahyâ el-Leysi rivayeti), s. 54. Nitekim Buhârî de İmam Mâlik tarihiyle aynı lafızla rivayette bulunmaktadır. İmam Muhammed ise أخبرنا مالك حدثنا نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه و ليس ذلك مذهب مالك رحمه الله : إذا أتى أحدكم الجمعة فليغتسل

27 Sadruddîn b. Ebi'l-İzz, *et-Tenbih*, I, 309-310; وليس ذلك مذهب مالك رحمه الله

28 Tirmizî, “Cuma”, 3 (238)

İmam Mâlik, *el-Muvatta'*ında konuyla ilgili olarak İbn Ömer'den “*Cuma günü geldiğinde gusül alınız!*”²⁹ ve “*Gusül, cuma günü ergenlik çağına giren (bâliğ) kişiye vâciptir.*”³⁰ mealindeki rivayetleri nakletmektedir.

Mâlikîler'den İbn Abdilber, âlimlerin Cuma günü gusül alınmanın “*vâcip bir farz*” olmadığı hususunda icmâ ettiklerini, fakat sünnet, müstehap ve fazilet olup olmadığı hususunda farklı düşündüklerini, İmam Mâlik'in ise bunu müekked sünnet gördüğünü belirtir.³¹

İbn Abdilber ayrıca “*Cuma guslü, cünüplükten dolayı alınan gusül gibi, ergenlik çağına giren (bâliğ) kişiye vâciptir.*” hadisinde geçen teşbihin heyet, hal ve keyfiyet bakımından olduğunu (yani şekil ve hal bakımında cünüp kişi gibi gusül alacağını), vücûb yönünden olmadığını vurgular.³²

Mâlikî mezhebinde bazı fikhî meselelerde müekked sünneti ifade etmek üzere bazen genel olarak “vâcip” ve “lâzım”, bazen de “sünnet-i vâcibe”³³ veya “sünnet-i lâzime”³⁴ ifadeleri zikredilmektedir. Dolayısıyla Merğînânî'nin vacip hükmünü İmam Mâlik'e nispet ederken bu terimin Mâlikî muhitindeki kullanımlarından etkilenmiş olması muhtemeldir. Bununla birlikte birçok meselede olduğu gibi bu konuda da selefi Serahsî'nin *el-Mebsû't*'unda yer alan “Cuma günü gusül vâcip değil sünnettir, ancak İmam Mâlik'in kavli müstesna”³⁵ şeklindeki ifadeyi esas almış olması daha kuvvetli bir ihtimal olarak görünmektedir.

2. Ölü İnsanın Saç ve Kemiklerinin Necis Olup Olmaması

Âlimler, ölü insanın saç ve kemik gibi vücut organlarının necis sayılıp sayılmayacağı hususunda ihtilaf etmişlerdir.

29 Mâlik, *el-Muvatta'* (Yahya b. Yahya el-Leysi rivayeti), s. 54; Buhârî, “Cuma”, 2; *عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا*; 2; (أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ إِذَا جَاءَ أَحَدُكُمْ الْجُمُعَةَ فَلْيَغْتَسِلْ) Leknevi, *et-Ta'liku'l-mümecced alâ Muvatta'i İmâm Mâlik* (thk. Takıyyüddîn en-Nedvî), Beyrut 1991, I, 294.

30 Mâlik, *el-Muvatta'* (Yahya b. Yahya el-Leysi rivayeti), s. 54; *وَالْغُسْلُ يَوْمَ الْجُمُعَةِ وَاجِبٌ عَلَى كُلِّ مُحْتَلِمٍ*; Ayrıca Buhârî'nin, mezkûr hadisi İmam Mâlik tarihiyle “Cuma günü yıkanmanın fazileti” bab başlığı altında zikretmesi bunu vâcip görmediğini açıkça ifade etmektedir. Buhârî, “Cuma”, 2.

31 İbn Abdilber, *et-Temhîd limâ fi'l-Muvatta'i mine'l-meânî* (thk. Mustafa b. Ahmed el-Alevî), yy., 1982, X, 79-80; *el-İstizkâr*, III, 270.

32 İbn Abdilber, *et-Temhîd*, X, 79; *غسل الجمعة واجب اي انه وجوب سنة واستحباب وفضيلة ... اراد به الهيئة والحال و*; *الكيفية*

33 İbn Abdilber, *el-İstizkâr*, III, 207; *وقال آخرون غسل النجاسة سنة واجبة مؤكدة وليس بفريضة*

34 Sahnûn, *el-Müdevvene*, Kahire 1324, III, 75. *قال: والعقيقة مستحبة لم تنزل من عمل المسلمين وليست بواجبة ولا سنة*. ; *لازمة ولكن يستحب العمل بها* Terimler hakkında bkz. Dilek, Uğur Bekir, *İslam Hukuk Metodolojisinde Teklifi Hüküm Terimleri (Doğuştan-Gelişimi-Terimleşmesi)*, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Ens., Konya-2009, s. 76

35 Serahsî, *el-Mebsû't*, İstanbul 1982-1983, I, 89; *قال (وَلَيْسَ الْغُسْلُ بِوَاجِبٍ يَوْمَ الْجُمُعَةِ، وَلَكِنَّهُ سُنَّةٌ) إِلَّا عَلَى قَوْلِ مَالِكٍ*

Hanefî mezhebinde insan, gerek hayatta iken, gerekse öldükten sonra mükerrem kabul edildiğinden beden azalarının tamamı temiz kabul edilmektedir.³⁶ Bu sebeple insanın her hangi bir uzvunun gerek hayattayken, gerekse öldükten sonra akde mevzu edilmesi, alınıp satılması câiz görülmemiştir.³⁷

Merğînânî, *el-Hidâye*'de Hanefî mezhebinin mezkûr görüşünü ifade ettikten sonra, İmam Şâfiî'nin, ölü insanın kılından, kemiğinden faydalanılmasının ve satımının câiz olmamasından hareketle bunları necis gördüğünü söyler.³⁸

el-Hidâye şârihlerinden Sadruddîn b. Ebi'l-İzz,³⁹ İbnü'l-Hümâm,⁴⁰ Bâbertî⁴¹ ve Leknevî⁴² Merğînânî'nin, İmam Şâfiî'ye nisbet ettiği bu görüş hususunda herhangi bir yorum yapmamaktadır.

Şâfiî mezhebinde ise durum farklılık arz etmektedir. Nevevî *el-Mecmû*'da insanın dışındaki ölünün necis olduğunu vurgularken⁴³, şârih eş-Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*'da "en zahir görüŖe göre, insan ölmekle necis olmaz" ifadesine yer vermektedir.⁴⁴

Mâverdî ise bu hususta İmam Şâfiî'den kadîm ve cedîd olmak üzere iki farklı görüş nakledildiğini, bunlardan en meşhuruna göre insan saçının öldükten sonra necis olduğunu, fakat Müzenî tariki ile gelen diğeri bir rivayette ise İmam Şâfiî'nin bu görüşünden döndüğünü haber vermektedir.⁴⁵

Şâfiî mezhebine ait kaynaklarda durum böyle iken Merğînânî'nin Şâfiî'ye göre (öldükten sonra) insanın saçının necis olduğu bilgisini vermesi, bu konuda İmam Şâfiî'ye ait iki görüşten sadece birine muttali olmasıyla veya selefi İmam Serahsî'nin "bize göre Şâfiî'den farklı olarak insan saçı temizdir"⁴⁶ şeklindeki ifadesini esas almasıyla açıklanabilir.

36 Serahsî, *el-Mebsût*, I, 203; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, I, 190.

37 Şeybânî, *el-Câmi'üs-sağîr* (Leknevî şerhiyle birlikte) s. 328-329; ولا يجوز بيع شعر الانسان والانتفاع به; Ali el-Kârî, *Fethü bâbi'l-inâye bi şerhi'n-Nukâye*, Beyrut 1997, II, 337.

38 Merğînânî, *el-Hidâye*, I, 48; Kayapınar, Hüseyin, "Merğînânî ve Eseri *Hidâye*", *Diyanet Dergisi*, c. XXII, Sayı. 2, Ankara 1986, s. 35. (وشعر الإنسان وعظمه طاهر وقال الشافعي نجس لأنه لا ينتفع به ولا يجوز بيعه)

39 Sadruddîn b. Ebi'l-İzz, *et-Tenbih*, I, 344.

40 İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, I, 97.

41 Bâbertî, *el-İnâye* (*Fethü'l-Kadîr* birlikte), I, 97.

42 Leknevî, *Şerhü'l-Hidâye*, I, 126.

43 Nevevî, *el-Mecmû' Şerhü'l-Mühezzeb*, Dâru'l-fikr, Beyrut tsz., I, 242.

44 Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, I, 78.

45 Mâverdî, *el-Hâvî*, Beyrut 1994, I, 66-67.

46 Serahsî, *el-Mebsût*, I, 96; هذا شعر الأدمى طاهر عندنا خلافا للشافعي

3. Kullanılmış Suyun Hükümü

Âlimler, abdestte kullanılan su (mâ-i müsta'mel) ile tekrar abdest alınıp alınmayacağı hususunda ihtilaf etmişlerdir.⁴⁷

Hanefî mezhebinde bu hususta Ebû Hanîfe'den üç görüş nakledilmektedir. Hasan b. Ziyâd tarikiyle gelen rivayete göre kullanılmış su necâset-i galîzadır. Ebû Yusuf tariki ile gelen rivayete göre necâset-i hafîfedir. İmam Muhammed tariki ile gelen rivayete göre ise tâhir olup mutahhir değildir.⁴⁸ Fakat her üçüne göre bu su ile tekrar abdest almak câiz değildir.⁴⁹ Mezhep içinde tercih edilen görüş ise İmam Muhammed'in esas aldığı rivayettir.⁵⁰ Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî⁵¹ mezheplerinde farklı rivayetler olmakla beraber tercih edilen görüşe göre onlar da kullanılmış suyla abdestin câiz olmayacağı hususunda Hanefîler'le hemfikirdir. Süfyân es-Sevrî, Atâ, Hasan el-Basrî gibi âlimlere göre câizdir.⁵²

Mergînânî, *el-Hidâye*'de Hanefî mezhebinin mezkûr görüşünü ifade ettikten sonra, İmam Mâlik ve Şâfiî'nin müstamel suyla tekrar abdest almayı câiz gördüklerini ifade etmektedir.⁵³ Fakat gerek *el-Hidâye* şerhlerinde gerekse Mâlikî ve Şâfiî kaynaklarında verilen bilgilerden Mergînânî'nin bir kısım ayrıntıyı eksik bıraktığı anlaşılmaktadır.⁵⁴ Nitekim Aynî, *el-Cevâhir*'den naklen İmam Mâlik'e göre müstamel suyun abdestsizliği kaldırmasının ancak -kerahiyetle birlikte- temiz su bulunmadığı takdirde câiz olacağını belirtir.⁵⁵

Mâlikî kaynaklarında konuyla ilgili olarak İmam Mâlik'den farklı rivayetler nakledilmektedir.⁵⁶ Sahnûn *el-Müdevvene*'de, İmam Mâlik'in müstamel su hakkında: "bir kez abdest alınmış suyla tekrar abdest alınmaz, onda hayır yoktur." ifadesini kullanmaktadır.⁵⁷ İmam Mâlik'in müstamel su hakkında söylediği "لا خير

47 Muhammed b. Nasr el-Mervezi, *İhtilafü'l-fukahâ* (thk. M. Tâhir Hakîm), Riyad 2000, s. 135; Aynî, *el-Binâye*, I, 344.

48 Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi' fi tertibi's-şerâi'*, Beyrut 1997, I, 389.

49 Serahsî, *el-Mebsût*, I, 53; Tahâvî, *Muhtasarü İhtilâfî'l-ulemâ*, I, 129; Mergînânî, *el-Hidâye*, I, 46.

50 Kudûrî, *Muhtasarü'l-Kudûrî (el-Lübâb fi şerhi'l-Kitâb* ile birlikte), Beyrut 1994, I, 46; Ali el-Kâri, *Fethü bâbi'l-'inâye*, I, 89.

51 Merdâvî, *el-İnsâf fi marîfeti'r-râcih mine'l-hilâf* (thk. Muhammed Hâmîd el-Fiki), Beyrut 1986, I, 48.

52 Tahâvî, *Muhtasarü İhtilâfî'l-ulemâ*, I, 129; Samer b. Mahmûd b. Câsim İbn Muksid, *Hasmü'l-ihtilafati'l-fikhiyye bi-nassi'l-kitâb ve's-sünneti'n-nebeviyye*, Kahire 2006, I, 59.

53 Mergînânî, *el-Hidâye*, I, 46; قَالَ (وَالنَّاءُ الْمُسْتَعْمَلُ لَا يُجْوزُ اسْتِعْمَالُهُ فِي طَهَارَةِ الْأَحْدَاثِ) خِلَافًا لِلْإِكِّ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ هُمَا يَقُولَانِ إِنْ الطَّهْرُ مَا يُطَهِّرُ غَيْرَهُ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى كَالْقَطْوَعِ

54 Nevevî, *el-Mecmû'*, I, 150-151.

55 Aynî, *el-Binâye*, I, 344-345; İbn Hacer, *ed-Dirâye fi tahrîci ehâdisi'l-Hidâye*, Dâru'l-ma'rîfe, Beyrut tsz., s. 55.

56 Kâdî Abdülvehhâb, *el-İsrâf alâ nüketi mesâilî'l-hilâf*, Beyrut 1999, I, 175.

57 Sahnûn, *el-Müdevvene*, I, 4; وقال مالك: لا يتوضأ بقاء قد توضأ به مرة

فيه” ifadesinden tam olarak neyi kastettiği hususunda, Mâlikî uleması ihtilaf etmiştir. Bir kısım şârihler bunu “başka su bulunmadığı takdirde müstamel suyla abdest almanın câiz olacağı, temiz suyun bulunması durumunda ise müstamel suyla abdest almanın mekruh olacağı” şeklinde yorumlamaktadırlar.⁵⁸

Mezkûr ifadelerden İmam Mâlik'in belli şartlar doğrultusunda müstamel suyla abdest almayı câiz gördüğü anlaşılmasına rağmen, Merğînânî'nin bu ayrıntıyı belirtmeksizin doğrudan İmam Mâlik'in bunun cevazıyla hükmettiğini söylemesi en azından eksik bir bilgi aktarımı olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca İmam Serahsî'nin *el-Mebsût*'ta “Mâlik müstamel suyla abdesti câiz görüyor.”⁵⁹ ifadesine yer vermiş olması Merğînânî'nin bu meselede doğrudan Serahsî'ye tabi olduğu ihtimalini de kuvvetlendirmektedir.

Yukarıda zikredildiği üzere Merğînânî aynı konu başlığı altında İmam Şâfiî'ye de benzer nisbette bulunmuştur. Fakat İmam Mâverdi, Ebû Sevr'in bu konuyu İmam Şâfiî'ye sorduğunu, fakat kendisinin buna cevap vermediğini (tevakkuf ettiğini), bunun da mezhep içinde iki görüşün oluşumuna sebep olduğunu belirtir. Bunlardan İsâ b. Ebân tariki ile gelen bir rivayete göre, Şâfiî'nin müstamel suyu hem tâhir hem de mutahhir gördüğü belirtilmektedir.⁶⁰ Her ne kadar bazı Şâfiîler, İsâ b. Ebân'ın Hanefî olması sebebiyle rivayeti hususundaki çekincelerini ifade etseler de, bir kısım Şâfiî uleması İsâ b. Ebân'ın sika bir râvi olması sebebiyle rivayetin doğru olabileceğini söyler.⁶¹

Mezhep içinde oluşan ikinci görüşe göre, müstamel su tâhirdir fakat mutahhir değildir. Diğer bir ifade ile onunla abdest almak câiz değildir. Ayrıca Mâverdi, Şâfiî mezhebinde tercih edilen görüşün bu olduğunu ifade etmektedir.⁶²

İmam Şâfiî'den gelen farklı rivayetler ve bu rivayetlere matuf mezhep içindeki ihtilaflar göz önünde bulundurulduğunda Merğînânî'nin, Hanefîler'in hilâfına (خِلَافًا لِلِإِسْمَاعِيلِيِّ وَالشَّافِعِيِّ) Şâfiî'nin müstamel suyla abdesti câiz gördüğü şeklindeki bir nisbette bulunması sadece İsâ b. Ebân'ın tariki ile gelen rivayeti esas aldığını göstermektedir. Halbuki bu rivayet mezhep içinde bir kısım ulema tarafından hüsnü kabul görmemiştir. Doğru olan Merğînânî'nin öncelikle konuyla ilgili Şâfiî'ye ait her iki görüşe de yer vermesi gerekirdi. Musannifin eksik bilgilendirmesi muhtemelen Şâfiî'nin diğer görüşüne muttali olamadığını göstermektedir.

58 Muhammed b. Abdurrahman Ruayni Hattâb, *el-Hattâb: Mevâhibü'l-celil fi şerhi Muhtasariş-Şeyh Halil*, Nuakşot 2013, I, 100; Desûki, *Hâşiyetü'ş-Şerhi'l-kebir*, I, 41.

59 Serahsî, *el-Mebsût*, İstanbul 1982-1983, I, 46; وقال مالك رحمه الله يجوز

60 Mâverdi, *el-Hâvî*, I, 296; Nevevî, *el-Mecmû'*, I, 150.

61 Nevevî, *el-Mecmû'*, I, 150.

62 Mâverdi, *el-Hâvî*, I, 296.

4. Göbeğin Avret Olup Olmaması

Sözlükte “*eksik, gedik, açık; açılıp görünen şey; korkulacak, zarar gelecek yer*” gibi manalara gelen avret, fıkıh terimi olarak insan vücudunda görünmesi ve gösterilmesi günah sayılan, namazda ve namaz dışında örtülmesi farz ve başkalarının bakılması haram olan yerlerdir.⁶³

Erkeğin avret mahalli Hanefî⁶⁴, Mâlikî⁶⁵, Şâfiî⁶⁶ ve Hanbelî⁶⁷ mezhebinin de aralarında bulunduğu cumhûr fukahâyâ göre, göbekte diz kapağı arasındır. Ancak Hanefîler, göbekte hariç diz kapağının ihtiyat (takvâyâ uygunluk) cihetini gözeterek avret sayılması gerektiğini savunur.⁶⁸ İmam Mâlik ve Ahmed b. Hanbelî’den gelen ve tercih edilmeyen birer rivayete göre ise avret sadece tenasül uzvu ve makat bölgesinden ibarettir.

Merğînânî, *el-Hidâye*’de Hanefîler’in mezkûr görüşünü zikrettikten sonra, İmam Şâfiî’ye göre göbeğin avret olduğunu söyler.⁶⁹ Fakat gerek *el-Hidâye* şerhlerinde gerekse Şâfiî kaynaklarında verilen bilgilerden İmam Şâfiî’ye yapılan bu nisbetin ona ait birkaç görüşten biri olduğu anlaşılmaktadır. Hanefîler’den Tahâvî’nin de, *Muhtasarü İhtilâfi’l-ulemâ*’da “Hanefî, Şâfiî ve Evzâî’ye göre erkeğin avreti göbekte diz kapağı arasındır.”⁷⁰ ifadesini kullanarak Hanefîler’le Şâfiîler’i aynı görüşte göstermesi ayrı bir nisbet hatası olarak görülmektedir. Ali el-Kârî’nin İmam Mâlik’den gelen “avret, sadece tenasül uzvu ve makat bölgesinden ibarettir” şeklindeki tercih edilmeyen görüşünü onun asıl ve tek görüşüymüş gibi nakletmesi⁷¹ ayrı bir nisbet hatası olarak zikredilebilir.

Sadrüddîn b. Ebî’l-İzz ise *el-Hidâye* de iki farklı yerde geçen bu meselede hilafla ilgili herhangi bir şeye temas etmezken Hanefîler’in istidlal ettiği hadisler ile Buhârî’de geçen rivayetlerin mukayesesini yapmaya çalışmıştır.⁷² Leknevî şerhinde Merğînânî’nin imama nispet ettiği “göbekte avrettir” şeklindeki sözü hata /sehv (سهو) ile söylediğini aslında Şâfiî’nin bu konuda üç görüşü bulunduğunu belirtir.

63 Şener, Mehmet, “Avret”, *DİA*, IV, 126.

64 Serahsî, *el-Mebsût*, X, 146; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 1489; Ali el-Kârî, *Fethü bâbi’l-inâye*, I, 215.

65 Desûkî, *Hâşiyetü’ş-Şerhi’l-kebir*, I, 215.

66 Nevevî, *el-Mecmû’*, III, 169; *Ravzatü’t-tâlibîn*, I, 389.

67 Merdâvî, *el-İnsâf fi ma’rifeti’r-râcih mine’l-hilâf*, I, 449.

68 İbnü’l-Hümâm, *Şerhü Fethi’l-Kadîr*, yy., 1970, I, 258.

69 Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 1489. عودة الرجل ما بين سرتة إلى ركبته ويروى ما دون سرتة حتى يجاوز ركبته وهذا ثبت أن السرة ليست بعورة خلافا لما يقول الشافعي

70 Tahâvî, *Muhtasarü İhtilâfi’l-ulemâ*, I, 305-306; في العورة ما هي قال أصحابنا والأوزاعي والشافعي ما دون السرة إلى الركبة عورة

71 Ali el-Kârî, *Fethü bâbi’l-inâye*, I, 215; وقَصْر مالك العورة على السواتين وهما: القُلْبُ والدُّبُرُ

72 Sadrüddîn b. Ebî’l-İzz, *et-Tenbih*, I, 505-506; V, 784.

a. Her ikisinin avret olması b. Her ikisinin avret olmaması c. Göbeğin avret, diz kapağının avret olmaması.⁷³

İmam Şâfiî *el-Ümm*'de göbek ve diz kapaklarının avret mahallinden olmadığını açıkça belirtirken⁷⁴ Mâverdî Şâfiî'nin bu ifadesini Amr b. Şuayb tariki ile gelen hadisle delillendirmeye çalışır.⁷⁵ Gazzâlî de -sahih olan rivayete göre- göbek ve diz kapağının avrete dahil olmayacağını vurgular.⁷⁶

Merğînânî'nin İmam Şâfiî'ye ait birkaç görüşten sadece birini nakletmesi meseleyi tam tetkik etmediğini veya eksik bilgilendirdiğini göstermektedir.

5. Arafat'ta Öğle ve İkinci Namazlarında Kıraatın Sesli Olup Olmaması

Âlimler, hac dışında öğle ve ikinci namazlarının sessiz kılınacağı hususunda ittifak etmekle birlikte, mezkûr namazların hac sırasında Arafat'ta kılınması halinde kıraatın cehrî okunup okunamayacağı konusunda ihtilaf etmişlerdir.

Hanefî kaynaklarında, kişinin Arafat'ta öğle ve ikinci namazlarını diğer yerlerde olduğu gibi sessiz kılması gerektiği zikredilmektedir.⁷⁷ Mâlikî⁷⁸, Şâfiî⁷⁹ ve Hanbelî⁸⁰ mezhepleri de Hanefîler gibi, bu namazların Arafat'ta sessiz olarak kılınacağını söylerken, Atâ b. Ebî Rebâh gibi bazı âlimler, bu iki namazın Cuma namazı ile çatışması durumunda cumanın sesli olarak kılınabileceğini savunmaktadır.⁸¹

Merğînânî, *el-Hidâye*'de Hanefî mezhebinin mezkûr görüşünü "Gündüz namazları dilsizdir, yani işitilecek bir kıraati yoktur." mealindeki hadisle delillendirirken⁸² İmam Mâlik'in Arafat'ta öğle ve ikinci namazlarının cem'inde cehrî kıraati

73 Leknevi, *Şerhü'l-Hidâye*, VII, 192.

74 Şâfiî, *el-Ümm*, I, 268; وعورة الرجل ما دون سرتة إلى ركبتيه ليس سرتة ولا ركبته من عورته; Nevevî, *el-Mecmû'*, III, 167.

75 Mâverdî, *el-Hâvî*, II, 172.

76 Gazzâlî, *el-Vasît fi'l-mezheb*, Kahire 1997, II, 174.

77 Şeybânî, *el-Câmiu's-sağîr*, s. 114 (ولا يجهر في الظهر والعصر يوم عرفة); Merğînânî, *el-Hidâye*, I, 138. (و يخفيها) (الامام في الظهر والعصر وان كان بعرفة)

78 Sahnûn, *el-Müdevvene*, I, 172.

79 Mâverdî, *el-Hâvî*, IV, 168.

80 Ahmed b. Hanbelî *Mesâilü'l-İmâm Ahmed ve İshâk b. Râheveyh* (thk. İd b. Sefer el-Huceyli), Medine 2004, V, 2332.

81 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, V, 50.

82 Merğînânî, *el-Hidâye*, I, 138; (صلاة النهار عَجْزَاء) İbn Hacer bu hadisi bulamadığını, Abdurrezzâk Mücâhid ve Ebû Ubeyde'nin sözleri olarak naklettiğini söyler. (İbn Hacer, *ed-Dirâye*, Dâru'l-ma'rife, Beyrut tsz. I, 160) Aynı de, İmam Nevevî'den naklen bu hadisin bâtil olduğunu belirttikten sonra, bu rivayetin Hasan-ı Basrî'den de nakledildiğini, onun sahâbenin büyüklerini gördüğü söyler. (*el-Binâye*, II, 266.) Leknevi de, bu rivayetin hadis olmadığı yönünde itirazlar olduğunu, bazılarınca Hasan-ı Basrî'ye nisbet edildiğini nakleder. (Leknevi, *Şerhü'l-Hidâye*, I, 348)

câiz gördüğünü söyler.⁸³ Leknevî ise şerhinde, konuyla ilgili her hangi bir ayrıntıya girmeyip, İmam Mâlik'in bunu Cuma ve bayram namazlarına kıyasla câiz gördüğünü belirtir.⁸⁴

Mâlikî kaynaklarında verilen bilgiler ışığında İmam Mâlik'e ait farklı rivayetlerin olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim Sahnûn, *el-Müdevvene*'de İmam Mâlik'in "İmam, Arafat'ta öğle ve ikindide kıraati cehrî okumaz. Öğle ve ikindiye dört değil, iki rekat şeklinde kılar."⁸⁵ şeklindeki ifadesini kaydederken mezhep imamlarından Karâfi, aksine İmam Mâlik'in "İmam, Arafat'ta öğle ve ikindide kıraati Cuma namazında olduğu gibi cehrî okur." söylediğini nakleder.⁸⁶

Merğînânî'nin İmam Mâlik'e ait iki görüşten sadece birini nakletmesi eksik bir bilgi aktarımı olarak görünmektedir.

6. İstivâ Vaktinden Sonra Nafile Oruca Niyet Etmek

Bir işe kesin biçimde karar verme anlamına gelen niyet, bütün oruç çeşitlerinin geçerlilik şartıdır. Niyette kalp esas olmakla birlikte, bu kararlılığın dille perçinlenmesi tavsiye edilmiştir.⁸⁷ Dolayısıyla oruç tutmaya karar veren mükellefin, önceki günün güneşinin batımı ile yeni günün imsak vakti arasında orucuna niyet etmesi gerekir. Nitekim Hz. Peygamber, "Geceden niyet etmeyenin orucu yoktur"⁸⁸ buyurmuştur.

Âlimlerin çoğunluğu Ramazan, nezir ve kaza oruçlarına geceden niyet edilmesi gerektiğini söylerken, Mâlikîler kişinin Ramazanın başında ayın tamamı için bir kez niyet etmesinin yeterli olacağını belirtir.⁸⁹ İmam Züfer'in de, bu görüşte olduğu nakledilir.⁹⁰

Âlimler nafile oruca niyet konusunda da farklı yaklaşımlar serdetmişlerdir. Hanefî⁹¹ ve Şâfiîler⁹², geceden niyet edilmeden başlanılan nafile oruçlara zevâl/istivâ (gün ortası) vaktine kadar niyet edilebileceğini söylerken, Hanbelîler gün

83 Merğînânî, *el-Hidâye*, I, 138; عرفة خلاف مالك في

84 Leknevî, *Şerhü'l-Hidâye*, I, 348.

85 Sahnûn, *el-Müdevvene*, I, 172; العصر ولا في الظهر بعرفة في الامام بالقراءة بعرفة في الظهر ولا في العصر

86 Karâfi, *ez-Zahîre* (thk. Muhammed Bu Hubze), Beyrut, 1994, III, 256; فَقَالَ مَالِكٌ أَجْهَرَ فِيهَا بِالْقِرَاءَةِ كَمَا نُجْهَرُ بِالْجُمُعَةِ

87 Dönmez, İbrahim Kâfi, "Oruç", *DİA*, XXXIII, 419.

88 Tirmizî, "Savm", 33 (730); من لم يجمع الصيام قبل الفجر فلا صيام له

89 Ebû Muhammed Abdülvehhâb b. Ali, *Uyûnü'l-mecâlis*, II, 604; Karâfi, *ez-Zahîre*, II, 499.

90 Ebû Muhammed, *Uyûnü'l-mecâlis*, II, 604.

91 Serahsî, *el-Mebsût*, IV, 43; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, II, 452.

92 Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, I, 424; Mâverdi, *el-Hâvî*, III, 405.

ortasından sonra da niyet edilebileceğini belirtmektedir. Mâlikiler ise, nafil için gecedan niyeti vâcib görmektedir.⁹³

Hanefî mezhebinde, kişinin nafil oruçlara zevalden önce niyet etmesi gerekir, sonraya bırakması durumunda oruç geçerli değildir. Zira niyet zevalden sonraya bırakıldığı takdirde günün büyük bir bölümü niyetsiz geçmiş olacaktır.⁹⁴ Merğînânî, *el-Hidâye*'de Hanefî mezhebinin mezkûr görüşünü naklettikten sonra İmam Şâfiî'nin zevalden sonra niyeti câiz gördüğünü, zira ona göre nafil orucun parçalanmayı (tecezzi) kabul ettiğini belirtir.⁹⁵

Her ne kadar bazı Mâlikî kaynaklarında, Harmele b. Yahyâ'nın (v. 243/858) bu görüşünün İmam Şâfiî'ye nispet edildiği zikredilse de,⁹⁶ gerek bazı *el-Hidâye* şerhlerinde,⁹⁷ gerekse Şâfiî kaynaklarında durumun farklı olduğu görülmektedir. Nitekim *el-Hidâye* şârihlerinden es- Serûcî (v. 710/1310), Merğînânî'nin Şâfiî'ye yaptığı bu nispetin doğru olmadığını, bu görüşün aslında yine Şâfiî mezhebinden Ebû İshâk el-Mervezî'ye (v. 340/951) ait olduğunu belirtmektedir.⁹⁸

Sadrudîn b. Ebi'l-İzz ise Nevevî'den naklen, Şâfiî'ye yapılan bu nisbetin zayıflığı hususunda âlimlerin ittifak ettiğini, bu sözün aslında Ahmed b. Hanbel'e ait tercihe şayan bir görüş olduğunu ileri sürer. O bu konuda Hz. Peygamberin *إِنِّي إِذًا إِصَائِمٌ* (o takdirde oruçluyum/ oruca niyet ediyorum) hadisini delil göstererek, imsakin ancak niyetle me'cûr (sevap verilen bir oruç) olabileceğini, dolayısıyla niyetsiz geçen imsaktan ecir beklemenin doğru olmayacağını söyler.⁹⁹ Şârih Aynî, bu nisbet hususunda herhangi bir düzeltme yapmazken¹⁰⁰ Leknevî, mezkûr rivayetin Şâfiî'nin en sahih görüşü olduğunu belirtir.¹⁰¹

Şâfiî mezhebinde Nevevî, *el-Mecmû'* da bu görüşü Harmele'ye nispet ederken¹⁰² Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebir*'de bu konuda (muhtemelen Şâfiî'den gelen) iki görüş bu-

93 İbn Rüşd (el-Hafid), Ebû'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kurtubi (v. 595/1198), *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*, Dâru'l-Marife, Kahire 1997.

94 Şeybânî, *el-Muvatta'*, s. 130; Merğînânî, *el-Hidâye*, I, 300.

95 Merğînânî, *el-Hidâye*, I, 301-302; *بِحُجُورٍ وَبِصَيْرِ صَائِمًا مِنْ جَيْنِ نَوَى*

96 Ebû Muhammed Abdülvehhâb b. Ali, *Uyûnü'l-mecâlis*, II, 609.

97 Sadrudîn b. Ebi'l-İzz, *el-Hidâye* şârihi es-Serûcî'den naklen, bu görüşün aslında İmam el-Mervezî'ye nispet edildiğini belirtir. *et-Tenbih*, II, 897.

98 Sadrudîn b. Ebi'l-İzz, *et-Tenbih*, II, 898; Nevevî, *el-Mecmû'*, VI, 293.

99 Sadrudîn b. Ebi'l-İzz, *et-Tenbih*, II, 898-9.

100 Aynî, *el-Binâye*, III, 275.

101 Leknevî, *Şerhi'l-Hidâye*, I, 244.

102 Nevevî, *el-Mecmû'*, VI, 292. (فيه قولان (روى) حرمله انه يحوز لانه جزء من النهار فجازت نية النفل فيه كالنصف لاول)

lunduğunu, Müzenî ve Rebi' kanalıyla gelen rivayete göre câiz olmadığını, Hermele tariki ile gelen rivayet doğrultusunda câiz olduğunu ifade etmektedir.¹⁰³

Kaynakların verdiği farklı rivayetlere bakıldığında Merğînânî'nin Şâfiî'ye yaptığı bu nisbette iki rivayetten birini nakletmekle eksik bilgilendirdiği anlaşılmaktadır.

7. Kâbe'de Namaz

Fakihlerin çoğunluğu müslümanların kıblesi olan Kâbe'nin içinde namaz kılmanın câiz olduğunu hususunda ittifak etmekle birlikte farz veya nâfile türünden hangi namazların kılınabileceği konusunda ihtilaf etmişlerdir.¹⁰⁴

Hız. Peygamber'in sahâbîden Üsâme b. Zeyd, Bilâl-i Habeşî ve Osman b. Talha ile birlikte Kâbe'nin içine girdiği ve namaz kıldığına dair benzer rivayetleri¹⁰⁵ esas alan Ebû Hanîfe¹⁰⁶, Şâfiî ve es-Sevrî gerek farz gerekse nâfile namazların Kâbe içinde kılınabileceğini söylerken İmam Mâlik sadece nâfile kılınabileceğini farz, vitir, sabah namazı ile tavafın iki rekat sünnetinin kılamayacağını söyler.¹⁰⁷ Ahmed b. Hanbelîden bu konuda iki rivayet nakledilir. Meşhur bir rivayete göre nâfile kılması câiz iken diğerinde câiz değildir.¹⁰⁸

Merğînânî *el-Hidâye*'de, İmam Şâfiî'nin farz ve nâfile namazların Kâbe içinde kılınmasının câiz olmayacağını söyleyerek Hanefiler'in mezkûr görüşüne muhalefet ettiğini iddia etmiştir.¹⁰⁹ Fakat gerek *el-Hidâye* şerhlerinde gerekse Şâfiî kaynaklarında verilen bilgilerden, bu nisbetin hatalı olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim şârih Aynî¹¹⁰, İbnü'l-Hümâm¹¹¹ ve Leknevî¹¹² Merğînânî'nin bu nisbetin sehven (unutarak veya dalgınlıkla) yaptığını belirtirken Sadruddîn İbn Ebi'l İzz, muşannifin Şâfiî'den naklettiği bu rivayetin hatalı (غلط) olduğunu açıkça ifade eder.¹¹³

103 Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, III, 406.

104 İbn Abdilber, *el-İstizkâr*, XIII, 125.

105 Buhârî, "Salât", 81, 96, "Hâc", 51, 52; Müslim, "Hâc", 388, 389; Ebû Dâvûd, "Menâsik", 92;

106 Tahâvî, *Muhtasarı ihtilâfi'l-ulemâ*, I, 233; الكعبة الفرض والنقل و النقل; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, II, 350.

107 İbn Abdilber, *el-İstizkâr*, XIII, 125.

108 İbn Teymiyye, *Şerhu'l-umde*, Mekke 2015, II, 490.

109 Merğînânî, *el-Hidâye*, I, 242; الصلاة في الكعبة جائزة فرضها ونقلها خلافا للشافعي رحمه الله فيها

110 Aynî, *el-Binâye*, II, 1068.

111 İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, II, 151.

112 Leknevî, *Şerhü'l-Hidâye*, II, 160.

113 Sadruddîn b. Ebi'l-İzz, *et-Tenbih*, II, 817; نقله عدم جواز الصلاة في الكعبة عن الشافعي غلط، بل عنده تجوز الصلاة في الكعبة فرضها ونقلها

Merğînanî *el-Hidâye*'de, Hanefîlerin “(Bir kimse, Hz. Peygamber'e (s.a) gelecek) “Helâk oldum yâ Resulallah dedi. O da, ne yaptın? dedi. Bu şahıs da Ramazanda gündüz kasten eşimle birlikte oldum, dedi. Hz. Peygamber de: Bir köle azad et! dedi. Adam: ancak bu kölem var dedi. Efendimiz: aralıksız iki ay oruç tut! diye emretti. Adam: benim bu başıma gelenler oruçtan dolayı mı geldi diye sordu. Bunun üzerine altmış miskini doyur buyurdu...”¹²³ mealindeki hadisle istidlâl ettiklerini ve oruç kefaretinin zıhâr kefareti hükmünde olduğunu belirtir. Musannif ayrıca bu delilin kişinin kefareti konusunda üç şeyden biri ile muhayyer kaldığını savunan İmam Şâfiî ile tutulan oruçların peş peşe olması şartını koşmayan İmam Mâlik'in aleyhinde bir delil olduğunu kaydeder.¹²⁴ Halbuki gerek *el-Hidâye* şerhlerinde, gerekse Mâlikî ve Şâfiî kaynaklarında verilen bilgilerden, bu nisbetlerin hatalı olduğu ortaya çıkmaktadır. Nitekim şârih Sadruddîn İbn Ebî'l İzz, Şâfiî'ye nispet edilen “tahyir /muhayyer bırakma” rivayetinin, (aslında) Mâlik ve Ahmed b. Hanbel'e ait olduğunu belirtir.¹²⁵

Aynî, *el-Hidâye* şârihlerinden Kâkî'den (v. 749/1348) naklen, Merğînanî'nin Şâfiî'ye nisbet ettiği tahyir / muhayyerlik (serbestlik) görüşünün hatalı (سهو) olduğunu, onun da Hanefîler gibi tertiple (peş peşe tutmakla) hükmettiğini, muhayyerlik görüşünün ise Ahmed b. Hanbel'den gelen iki rivayetten biri olduğunu bildirir.¹²⁶ Leknevî *el-Hidâye* şerhinde musannifin Şâfiî ve Mâlik'e yapmış olduğu bu iki nisbetin hatalı (سهو) olduğunu, her iki görüşün de İbn Ebî Leylâ'ya (v. 83/702) nispet edildiğini belirtir.¹²⁷ Leknevî *et-Ta'lik*'inde ise -Zerkânî'den naklen- İmam Mâlik'in tahyir görüşünde olduğunu söyler.¹²⁸

İmam Şâfiî *el-Ümm*'de konuyla ilgili olarak “Biz de bu rivayetin tamamını alıyoruz. (yani) Kişi (önce) köle bağışlar, eğer buna gücü yetmezse iki ay peş peşe oruç tutar, buna da güç yetiremediği takdirde altmış fakiri doyurur.”¹²⁹ ifadesine yer verirken İmam Gazzâlî (v. 505/1111), *el-Hulâsa*'da meseleyi “Cimâ kefaretinde, kişi önce köle bağışlar, şayet buna güç yetiremiyorsa peş peşe iki ay oruç tutar, buna da güç yetiremiyorsa altmış kişiyi doyurur.” şeklinde kaydetmektedir.¹³⁰

123 Zeylâi, *Nasbu'r-râye*, II, 451.

124 Merğînanî, *el-Hidâye*, I, 315-316; وهو حجة على الشافعي في قوله بخير لأن مقتضاه الترتيب وعلى مالك في نفي التابع للنص

125 Sadruddîn b. Ebî'l-İzz, *et-Tenbih*, II, 927.

126 Aynî, *el-Binâye*, 1980, III, 333.

127 Leknevî, *Şerhü'l-Hidâye*, II, 262-263.

128 Leknevî, *et-Ta'liku'l-mümecced*, II, 174.

129 Şâfiî, *el-Ümm*, II, 305; قَالَ الشَّافِعِيُّ (فَبِهَذَا كَلِمَةً نَأْخُذُ بِعَيْقُ فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ صَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ أَطْعَمَ سِتِّينَ وَسِتِّينًا)

130 Gazzâlî, *el-Hulâsa*, Beyrut, 2007, s. 217.

İmam Serahsî'nin *el-Mebsût*'ta¹³¹ İmam Şâfiî'nin Hanefiler'le aynı görüşte olduğunu açıkça ifade etmesine rağmen Merğînânî'nin aksi nisbette bulunması meseleyi tetkik etmeden naklettiği ihtimalini kuvvetlendirmektedir.

Merğînânî'nin, İmam Mâlik'e nisbet ettiği kefâret orucunun peş peşe tutulmasının gerekli olmadığı yönündeki görüşe gelince gerek *el-Hidâye* şârihleri gerekse Mâlikî kaynakları, aktarılan bu bilginin aksine bu orucun peş peşe tutulması gerektiğini belirtmektedir. Meselâ Sadruddîn b. Ebi'l-İzz, -şârih Serüci'den naklen bu görüşün İmam Mâlik'e ait olmadığını vurgulamaktadır.¹³²

Mâlikî mezhebi kaynaklarında da ifade edildiği üzere İmam Mâlik'e göre kişi, oruç kefâretinde köle azat etme veya iki ay peş peşe oruç tutma yahut altmış kişiyi doyurma arasında muhayyerdir. Fakat tutulan bu iki aylık orucun peş peşe olması vâciptir.¹³³ Nitekim Sahnûn, *el-Müdevvene*'de İmam Mâlik nezdinde birkaç ay olarak tutulan oruçların peş peşe tutulması gerektiğini fakat birkaç gün olarak tutulacak kaza oruçlarının peş peşe tutulmasının kendisine daha sevimli geldiğini bildirir.¹³⁴

Mezkûr ifadelerle bakıldığında Merğînânî'nin meseleyi tam tetkik etmemesi sebebiyle İmam Mâlik'e yaptığı nisbette de hata ettiği anlaşılmaktadır.

9. Veda Tavafının Hükmü

Sözlükte “bir şeyin çevresinde dönmek, dolaşmak” anlamındaki tavâf, fıkıh terimi olarak usulüne uygun şekilde Kâbe'nin etrafında dönmeyi ifade eder. Veda / sader (ayrılma) tavafı ise, âfâkî (mikât sınırları dışında oturan) hacıların Mekke'den ayrılmadan yapmaları gereken son tavafa denir.¹³⁵

“(Sizden) biri, son olarak Kâ'be'yi ziyaret etmeden (Mekke'den) ayrılmasın”¹³⁶ vb. hadisleri esas alan Hanefî¹³⁷, Hanbelî¹³⁸ mezhepleriyle, Süfyân es-Sevrî (v. 161/778), Evzâî (v. 157/774) ile Şâfiîler'de¹³⁹ tercih edilen görüşe göre veda tavafı

131 Serahsî, *el-Mebsût*, III, 72; الكفارة مرتبة عند علمائنا والشافعي

132 Sadruddîn b. Ebi'l-İzz, *et-Tenbih*, II, 928; قال السروجي : و كذا هذا ليس مذهب مالك

133 Karâfi, *ez-Zahire* (thk. Said Arab), Beyrut 1994, II, 526; Abdulvehhâb, *el-İsrâf alâ nüketi mesâilî'l-hilâf*, Beyrut 1999, I, 434; İbn Rüşd, *el-Bidâye*, II, 737; İbn Abdilber, *el-Kafi fi fikhî ehli'l-Medîne*, Riyad 1980, I, 339.

134 Sahnûn, *el-Müdevvene*, I, 212-213.

135 Öğüt, Salim, “Tavaf”, *DİA*, XL, 40, 178.

136 Merğînânî, *el-Hidâye*, I, 379; Benzer lafızlarla bkz. Müslim, “Hac”, 379 (1327); Ebû Dâvûd, “Menâsik”, 83.

137 Tahâvî, *Muhtasarı ihtilâfî'l-ulemâ*, II, 164; Leknevî, *et-Ta'liku'l-mümecced*, II, 438.

138 İbn Kudâme, *el-Muğni*, III, 316; وأصحابه والثوري وطواف الوداع واجب ينوب عنه الدم إذا تركه وبهذا قال أبو حنيفة

139 Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, I, 510; وهو واجب).. (يجبر تركه بدم) وجوبا كسائر الواجبات (وفي قول سنة لا يجبر) بدم
كطواف القدوم

edilir. *Temettu'* haccında umre yapıldıktan sonra ihramdan çıkılır, ardından aynı dönemde tekrar hac için ihrama girilerek hac menâsiki eda edilir. *Kırân* haccında ise ihrama girerken hem umreye, hem de hacca niyet edilir ve aynı ihramla her iki ibadet yerine getirilir.¹⁴⁹

Haccın edası hususunda Hz. Peygamber'den nakledilen rivayetlerin farklılığı sebebiyle, yukarıda zikri geçen hac türlerinin hangisinin daha faziletli olduğu hususunda mezhepler arasında görüş ayrılığı söz konusudur.¹⁵⁰ Buna göre fazilet sırası Hanefî mezhebinde¹⁵¹ kırân, temettu', ifrad; Mâlikîler'de ifrad, kırân, temettu'; Şâfiîler'de¹⁵² -aynı yıl haccın arkasından umre yapmak şartıyla- ifrad, temettu', kırân; Hanbelîler'de¹⁵³ ise temettu', ifrad, kırân şeklindedir. Fakat Müzenî, Ebû İshâk el-Mervezî, İbnü'l-Münzir gibi bazı Şâfiî âlimlerin Hanefîler'le aynı görüşü paylaştığı haber verilmektedir.¹⁵⁴

Merğînânî, *el-Hidâye*'de İmam Mâlik'in Kur'an'da zikri geçmesi sebebiyle temettu' haccını daha faziletli saydığını zikreder.¹⁵⁵ Fakat gerek *el-Hidâye* şerhlerinde gerekse Mâlikî kaynaklarında verilen bilgilerden, bu nisbetin yerinde olmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim Sadruddîn b. Ebî'l-İzz, *et-Tenbih*'de Mâlik'in Şâfiî ile aynı görüşte olduğunu söyleyerek İmam Mâlik'e yapılan hatalı nisbeti belirtir. Ayrıca bu konuda Şâfiî'ye nisbet edilen -birinde temettu' haccının, diğerinde ifradın faziletli olduğuna dair- iki rivayet bulunduğuna işaret eder. Hatta eserin tahkikinde İmam Mâlik'den ifradın faziletinden başka bir nakil gelmediği vurgusu yapılmaktadır.¹⁵⁶ Şârih Aynî, İmam Mâlik'e yapılan bu hatalı nisbet hususunda her hangi bir şey belirtmezken¹⁵⁷ Leknevî, *el-Muvatta'* şerhinde Mâlik ve Şâfiî'ye göre ifradın daha faziletli olduğunu söylemekle¹⁵⁸ birlikte, *el-Hidâye* şerhinde her nedense Mâlik'e yapılan bu nisbet hakkında her hangi bir yorum yapmamaktadır.¹⁵⁹

149 Öğüt, Salim, "Hac", XIV, 389.

150 Mervezî, *İhtilâfû'l-fukahâ* (thk. M. Tâhir Hakim), Riyad 2000, s. 393.

151 Şeybânî, *el-Muvatta'* (thk. Abdülvehhâb Abdüllatif), Kahire t.y, 138; Tahâvî, *Muhtasarü İhtilâfî'l-ulemâ*, II, 103; Merğînânî, *el-Hidâye*, I, 385; *القرآن أفضل من التمتع والإفراد*

152 Seyyid Bekrî, *Îânetü't-tâlibîn*, III, 1392.

153 İbn Kudâme, *el-Muğnî*, (thk. Abdullâh b. Abdülmuhsin Türki vd.), Riyad 1999, V, 82; *واختلفوا في أفضلها* فاختر إمامنا التمتع ثم الإفراد ثم القرآن

154 Aynî, *el-Binâye*, III, 605.

155 Merğînânî, *el-Hidâye*, I, 385; *وقال مالك رحمه الله التمتع أفضل من القرآن لأن له ذكرا في القرآن ولا ذكر للقران فيه*

156 Sadruddîn b. Ebî'l-İzz, *et-Tenbih*, III, 1069.

157 Aynî, *el-Binâye*, III, 606.

158 Leknevî, *et-Ta'liku'l-mümecced*, II, 252; *القران بكسر أي الجمع بين النسكين في سفر واحد وهو أفضل عندنا وقال مالك والشافعي: الإفراد أفضل*

159 Leknevî, *Şerhü'l-Hidâye*, III, 369-370.

Sahnûn, *el-Müdevvene*'de İbnü'l-Kâsım'dan naklen İmam Mâlik'in ifradı daha sevimli bulunduğunu naklederken¹⁶⁰ İbn Rüşd *el-Bidâye*'de, İmam Mâlik'in Hz. Aişe'den nakledilen “*Veda hacı senesi Resûlullah (s.a) ile yola çıkmıştık. Kimimiz umreye, kimimiz hac ile umreye, bazılarımız da yalnız hacca niyet etmiştik. Resûlullah (s.a) de yalnız hacca niyet etmişti...*” mealindeki hadisle istidlal ederek ifrad haccının faziletini tercih ettiğini bildirir.¹⁶¹

Haraşî (v. 1101/1690) ve Mervezî (v. 294/906) ise ifrad haccının diğerlerinden faziletli olduğunu ve mezhep içinde de bunun tercih edildiğini nakleder.¹⁶²

11. İhramlının Vaktinden Önce Tıraş Olmasının Hükümü

Hac veya umrede ihramlı kişinin dikkat etmesi gereken bazı hususlar bulunmaktadır. Süslenme, koku sürünme, tıraş olma ve giyinmeyle alakalı bazı yasakları ihlal etmesi durumunda -bilgisizlik, yanılma ve unutkanlığın uhrevî sorumluluğu affedilse dahi- maddî cezaya tabidir. Mezhepler arasında ihtilaflı olmakla beraber cezaların ölçüsü genel anlamda ihmal ve ihlalin boyutuyla doğru orantılıdır. Fâhiş türden ihmallerde küçükbaş hayvan kesilmesi, orta derecede fidye, hafif durumlarda ise sadaka türünden ceza ödenmesi gerekmektedir.¹⁶³

Hastalık veya başka bir rahatsızlık sebebiyle ihram yasaklarından birini çiğnemek (cinayet) zorunda kalan kimsenin, ilgili âyette¹⁶⁴ ve hadiste geçtiği üzere fidye olarak üç gün oruç tutma veya altı fakiri doyurma ya da kurban kesme hususunda muhayyer olduğu konusunda bütün mezhepler görüş birliği içindedir. Bu yasakları kasten çiğneyen kimse hakkında ise görüş ayrılığı vardır.¹⁶⁵

Hanefî mezhebinde, ihramlının vaktinden önce saç veya sakalının dörtte biri veya daha fazlasını kısaltması halinde ceza kurbanı kesmesi, daha azında ise sadaka vermesi gerekirken¹⁶⁶ Mâlikî¹⁶⁷, Şâfiî¹⁶⁸ ve Hanbelî¹⁶⁹ fakihlerine göre ya-

160 Sahnûn, *el-Müdevvene*, I, 360; قال مالك: الإفراد بالحج أحب إلي

161 İbn Rüşd, *el-Bidâye*, II, 827; فاختار مالك الإفراد واعتمد في ذلك على ما روي عن عائشة ; İbn Rüşd, *el-Beyân ve't-tahsil*, IV, 76; هذا يدل من قوله وفعله على أن الأفراد بالحج أفضل من التمتع ومن القرآن

162 Ebû Abdullah Muhammed b. Abdullah el-Mâlikî Haraşî, *el-Haraşî alâ Muhtasarı Seyyidi Halîl*, Beyrut tsz. II, 309; Ebû Abdullah Muhammed b. Nasr b. Yahyâ Mervezî, *İhtilâfî'l-fukahâ* (thk. Muhammed Tâhir Hekîm) Riyad 2000, s. 393.

163 Tahâvî, *Muhtasarı İhtilâfî'l-ulemâ*, II, 200; Ögüt, Salim, “İhram”, *DİA*, XXI, 542.

164 Bakara; 2, 196.

165 Ögüt, Salim, “İhram”, *DİA*, XXI, 542.

166 Şeybânî, *Şerhü'l-Câmi'î's-sağîr*, s. 155; Merğînânî, *el-Hidâye*, I, 402.

167 İbn Abdilber, *el-İstizkâr*, XIII, 306

168 Mâverdî, *el-Hâvî*, IV, 104.

169 İbn Kudâme, *el-Kâfî*, s. 255.

saklardan her hangi birini kasten çiğneyen kimse mezkûr üç cezaî müeyyideden dilediğini seçer.

Merğînânî, *el-Hidâye*'de İmam Mâlik'e göre ihramlının, ancak saçının tamamını tıraş etmesi halinde kurban kesmesinin vâcip olacağını söylemektedir.¹⁷⁰ Fakat gerek *el-Hidâye* şerhlerinde gerekse Mâlikî kaynaklarında verilen bilgilerden, bu nisbetin yerinde olmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim Sadruddîn b. Ebî'l-İzz bu nisbetin doğru olmadığını, Mâlik'e göre kişinin sıkıntı sebebiyle saçını kesmesi halinde kan akıtmasının vâcip olacağını belirtir.¹⁷¹ Aynî, Merğînânî'nin İmam Mâlik'e nisbet ettiği bu görüş hakkında herhangi bir düzeltme yapmazken¹⁷² Leknevî sadece İmam Mâlik'in bu konuda "Bu kurban, yerine varıncaya kadar başlarınızı tıraş etmeyin"¹⁷³ âyetiyle istidlâl ettiğini vurgular.¹⁷⁴

Mâlikî kaynaklarına göre İmam Mâlik, herhangi bir zaruret hali olmaksızın vaktinden önce saçın kesilmesi durumunda kişiye fidyeyi vâcip görmektedir. Ancak kişi üç gün oruç tutmak, küçükbaş hayvan kesmek veya altı fakiri yedirmekle muhayyerdir.¹⁷⁵

Mezkûr açıklamalar göz önünde bulundurulduğunda, Merğînânî'nin fidyeyi saçın tamamının kesilip kesilmemesi cihetinden ele alarak naklettiği Mâlikî kaynaklarının ise saçın zarurettten dolayı kesilip kesilmemesi yönüyle değerlendirdiği görülmektedir. Ayrıca İmam Mâlik fidyeyi (kan akıtma, oruç tutma ve altı fakiri doyurma) muhayyer bırakırken Merğînânî'nin nisbetinin aksine ceza sadece kurban kesmek olarak gösterilerek eksik bir bilgi aktarımı söz konusudur.

12. Hac ve Umrede Muhsar Olan Kişinin Durumu

Sözlükte "daralmak, âciz olmak; alıkoymak, engellemek" gibi anlamlara gelen hasr, kökünün türevi olan ihisar, hac veya umrenin rükünlerini ifadan engelleme anlamında kullanılan fikhî bir terimdir.¹⁷⁶

170 Merğînânî, *el-Hidâye*, I, 402; وقال مالك رحمه الله لا يجب إلا بخلق الكل

171 Sadruddîn b. Ebî'l-İzz, *et-Tenbih*, III, 1108: ليس هذا مذهب مالك وإنما مذهبه أن من حلق من رأسه ما أماط به عنه الأذى، وجب الدم ولم يقدره ...

172 Aynî, *el-Binâye*, III, 673.

173 Bakara; 2, 196.

174 Leknevî, *Şerhü'l-Hidâye*, II, 398.

175 Sahnûn, *el-Müdevvene*, I, 387; İbn Abdi İber, *el-İstizkâr*, XIII, 305; واختلفوا في من حلق رأسه عامدا من غير ضرورة أو تطيب لغير ضرورة فقال مالك: يتس ما فعل وعليه الفدية وهو خير فيها إن شاء صام ثلاثة أيام وإن شاء ذبح شاة وإن شاء أطمع ستة مساكين...

176 Öğüt, Salim, "İhsar", *DİA*, XXI, 548.

Hanefî mezhebinde, hac sırasında muhsar olan kişinin ihramdan çıkması halinde, bir hac ve umre kazası; umre sırasında muhsar olması durumunda ise sadece umre kazası yapması gerekir.¹⁷⁷ Şâfiî mezhebinde kişi sadece düşman sebebiyle muhsar olabilir, hastalık sebebiyle muhsar sayılmamaktadır. Muhsar kişi de sadece kurban keser, kaza yapmaz.¹⁷⁸ Hanbeli mezhebinde ise, konuyla ilgili iki görüşten birine göre muhsar olan kişi ihramdan çıkar, kendisine kaza gerekmez.¹⁷⁹

Merğînânî, *el-Hidâye*'de Hanefîler'in mezkûr görüşünü naklettikten sonra, İmam Mâlik'e istinâden umre yapmanın belli bir zamanının olmaması sebebiyle onda ihsârın meydana gelmeyeceğini aktarmaktadır.¹⁸⁰ Fakat gerek *el-Hidâye* şerhlerinde, gerekse Mâlikî kaynaklarında verilen bilgilerden bunun doğru olmadığı anlaşılmalıdır. Nitekim şârih Sadruddîn b. Ebi'l-İzz, *et-Tenbîh*'de Mâlik'e nispet edilen görüşün doğru olmadığını bildirmektedir.¹⁸¹

İmam Mâlik'e göre gerek umrede, gerekse hacda düşman veya fitne sebebiyle ihsâr tahakkuk etmesi halinde kişinin ihramdan çıkacağı şayet yanında hedy kurbanı varsa keseceğini aksi takdirde kaza etmeyeceği ve herhangi bir kurban da kesmeyeceği belirtilmektedir.¹⁸² İbn Kudâme umre sırasında muhsar olan kişinin umreyi kaçırma gibi bir korkusu olmadığından ihramdan çıkamayacağına dair İmam Mâlik'ten bir rivayet geldiğini fakat bunun sahih olmadığını belirtir.¹⁸³

Bu bilgiler doğrultusunda Merğînânî'nin muhtemelen bu sahih olmayan rivayeti esas aldığı anlaşılıyor.

13. Ceza Kurbanının (Hedy) Kesim Zamanı

Sözlükte “yol göstermek, izinden gitmek; göndermek, hediye etmek” anlamlarına gelen hedy (hedy) kelimesi, fıkıh terimi olarak hac ve umre sırasında Harem'de kesilen kurbanlık hayvanları ifade eder. Deve, sığır gibi büyükbaş hayvanlardan olduğunda “bedene”, koyun keçi cinsinden olduğunda “dem” adı verilir.¹⁸⁴

177 Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, I, 380; عَلَيْهِ عُمْرَةٌ وَحَجَّةٌ...; Mervezi, *İhtilafü'l-fukahâ*, s. 400-401.

178 Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, I, 534.

179 Zerkeşi, *Şerhü'z-Zerkeşi*, III, 172; الروايتين ، وهو ظاهر كلام الخرقي (أحدهما) حيث تحلل المحصر بعدو أو مرض ونحوه فلا قضاء عليه على إحدى

180 Merğînânî, *el-Hidâye*, I, 439; وقال مالك رحمه الله لا يتحقق لأنها لا تتوقت

181 Sadruddîn b. Ebi'l-İzz, *et-Tenbîh*, III, 1161; وإنها ، وليس الأمر كذلك ، و يروى عن أحمد ، والصحيح من مذهبه خلافه

182 Sahnûn, *el-Müdevvane*, I, 366; İbn Abdilber, *el-İstizkâr*, XII, 78, 79, 82; Karâfi, *ez-Zahîre*, III, 187; قال أبو عمر: إما قول مالك فيمن أحصر بعدو أنه يحل من إحرامه ولا هدي عليه ولا قضاء إلا أنه إن كان ساق هديا نحره

183 İbn Kudâme, *el-Muğni*, V, 195; وحكي عن مالك أن المعتمر لا يتحلل لأنه لا يخاف الفوات وليس بصحيح

184 Öğüt, Salim, “Hedy”, *DÎA*, XVII, 156.

İhram yasaklarını ihlâlden dolayı ceza olarak kesilecek kefâret, nezir ve ihsâr kurbanlarının kesim zamanı hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Ebû Hanîfe, bunun belli bir vaktinin olmadığını, ancak zilhiccenin ilk on gününde kesilmesinin daha faziletli olduğunu belirtirken İmameyn bayram günleri kesilmesi gerektiğini savunur.¹⁸⁵ Mezhepte tercih edilen ise Ebû Hanîfe'nin görüşüdür.¹⁸⁶ Mâlikî¹⁸⁷, Şâfiî¹⁸⁸ ve Hanbelîler¹⁸⁹ de, Hanefîler'le aynı görüşü paylaşmaktadır.

Merğînânî, *el-Hidâye*'de Hanefîler'in mezkûr görüşünü zikrettikten sonra, İmam Şâfiî'ye nispetle ceza kurbanlarının ancak kurban günleri kesilebileceğini belirtmektedir.¹⁹⁰ Fakat gerek *el-Hidâye* şerhlerinde, gerekse Şâfiî kaynaklarında verilen bilgilerden bu nisbetin hatalı olduğu anlaşılmaktadır. Fakat *el-Hidâye* şârihi Sadruddîn b. Ebî'l-İzz, konuya dair herhangi bir açıklamada bulunmazken,¹⁹¹ Leknevî *el-Vecîz*'den naklen Merğînânî'nin bu nisbetinin Şâfiî kaynaklarında verilen bilgilere muhalif olduğunu bildirir.¹⁹²

İmam Şâfiî *el-Ümm*'de kurbanların belli bir günde kesileceğine dair ifade kullanmazken,¹⁹³ Nevevî bu kurbanların belli bir güne hasredilmediğini, gerek bayramın birinci günü, gerekse diğer günlerde kesilebileceğini belirtmektedir.¹⁹⁴ Şirbînî ise bir farzın terki veya bir haramın işlenmesi sebebiyle kesilmesi gereken hayvan için belirli bir zaman tayin edilmediğini fakat bayram ve teşrik günlerinde kesilmesinin sünnet olduğunu bildirir. Musannif ayrıca buna muhalif herhangi bir rivayetin de kendilerine ulaşmadığını nakleder.¹⁹⁵

Kanaatimizce Merğînânî, İmameyn'e ait olan bu görüşü hata ile İmam Şâfiî'ye nisbet etmiştir. Zira musannif âdeti üzere neredeyse her konuda mezhep içinde imamların ihtilaflarına değindiği halde bu meselede İmameyn'in görüşlerine hiç temas etmemiştir. Muhtemelen musannif bu konuda mezhep imamlarının ittifak halinde, ihtilafın ise Hanefîler'le İmam Şâfiî arasında olduğunu zannederek bu hatalı nisbeti yapmıştır.

185 Serahsî, *el-Mebsût*, IV, 109; Kâsânî, *Bedâi'ûs-sanâi'*, II, 183; ثم المذهب عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن دم الإحصار لا يختص بيوم النحر حتى لو واعد المبعوث على يده بأن يذبح عنه في أول أيام العشر جاز وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يختص بيوم النحر

186 Merğînânî, *el-Hidâye*, I, 448; ويجوز ذبح بقية الهدايا في أي وقت شاء

187 Sahnûn, *el-Müdevvene*, I, 450.

188 Rafî'î, *el-Azîz*, (thk. Âdil Ahmed ve Ali Muhammed), Beyrut 1997, III, 547.

189 İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V, 198.

190 Merğînânî, *el-Hidâye*, I, 448; لا يجوز إلا في يوم النحر اعتبارا بدم المتعة والقران فإن كل واحد دم جبر عنده

191 Sadruddîn b. Ebî'l-İzz, *et-Tenbih*, III, 1172-1174.

192 Leknevî, *Şerhi'l-Hidâye*, II, 492; هذا مخالف لما ذكر في كتبهم كما ذكر في الوجيز و شرحه

193 Şâfiî, *el-Ümm*, III, 140-141.

194 Nevevî, *el-Mecmû'*, VII, 499; *Ravzatiü't-tâlibîn*, II, 456; (أما الزمان فالدماء الواجبة في الاحرام لفعل محظور أو ترك) مامور لا تختص بزمان بل تجوز في يوم النحر وغيره وإنما تختص بيوم النحر والتشريق الضحايا

195 Şirbînî, *Muğnî'l-muhtâc*, I, 530.

B. MUAMELAT

1. Müt'a Nikahı

Sözlükte “menfaat, faydalanma” anlamındaki müt'a (mit'a), fıkhıta “aralarında dinen evlenme engeli bulunmayan bir erkekle bir kadının, erkeğin kadına vereceği bir bedel karşılığında belirli bir süre karı-koca hayatı yaşamaları hususunda anlaşmaları”¹⁹⁶ anlamında kullanılmaktadır.

Hanefiler¹⁹⁷ başta olmak üzere Mâlikî¹⁹⁸, Şâfiî¹⁹⁹ ve Hanbelî²⁰⁰ gibi ehl-i sünnet fikhî mezhepleri, müt'a nikahının İslamın ilk dönemlerinde mubah, fakat daha sonra haram (bâtıl) kılındığı hususunda ittifak ederken,²⁰¹ Şîa'nın en önemli kolu olan Ca'feriyye mezhebinde mubah sayılmaktadır.²⁰²

Merğînânî, *el-Hidâye*'de İmam Mâlik'in müt'a nikahını câiz gördüğünü ifade eder.²⁰³ Fakat gerek *el-Hidâye* şerhlerinde, gerekse Mâlikî kaynaklarındaki ifadelerden İmam Mâlik'e yapılan bu nisbetin tashih edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Nitekim *el-Hidâye* şârihlerinden Sadruddîn b. Ebî'l-İzz²⁰⁴, Bâbertî²⁰⁵, İbnü'l-Hümâm²⁰⁶, Leknevî²⁰⁷ ve İbn Abidin²⁰⁸ gibi âlimler, Merğînânî'nin bu nisbetinde hata (غلط) yaptığını açık bir şekilde ifade ederler.

İmam Mâlik ise *el-Muvatta*'da, konuyla ilgili Hz. Alî'den (ra) rivayet ettiği “Hz. Peygamber (s.a) Hayber günü kadınlarla müt'a nikahını yasaklamıştır.” mealindeki

196 Dönmez, İbrahim Kâfi, “Müt'a”, *DİA*, XXXII, 174-180.

197 Ebû Yusuf, *el-Asâr*, s. 152 (عن المتعة يوم فتح مكة)؛ Şeybânî, *el-Muvatta*, s. 197-198 (نبى رسول الله عليه الصلاة والسلام عن متعة النساء يوم خيبر)؛ Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 471.

198 İbn Abdilber, *el-İstizkâr* (thk. Abdülmütî Kal'acı, Emin Kal'acı), Beyrut 1993, XVI, 285-306.

199 Şâfiî, *el-Ümm*, VI, 237; Mâverdi, *el-Hâvi*, II, 293.

200 İbn Kudâme, *el-Kâfi*, s. 619; *el-Muğni*, X, 46.

201 Dihlevî, *el-Müsevvâ*, II, 1102.

202 Ebû Ca'fer et-Tûsî, *Tehzibü'l-ahkâm*, Beyrut 1981, VII, 25; Kandehlevî, *Evcezü'l-mesâlik*, Beyrut 1989, IX, 402; Dönmez, İbrahim Kâfi, “Müt'a”, XXXII, 174-180.

203 Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 472; وَقَالَ مَالِكٌ وَالْإِلَّاءُ مِنَ الْإِلَّاءِ وَقَالَ مَالِكٌ (وَنِكَاحُ الْمُتَعَةِ بَاطِلٌ) وَهُوَ أَنْ يَقُولَ لِامْرَأَةٍ أَتَمَّتْ بِكَ كَذَا مُدَّةً بِكَذَا مِنْ الْإِلَّاءِ وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ هُوَ جَائِزٌ

204 Sadruddîn b. Ebî'l-İzz, *et-Tenbih*, III, 1204-1206. فيه نظر من وجهين؛ احدهما: نقله عن مالك وهو غلط

205 Bâbertî, *el-İnâye (Fethü'l-Kadir ile birlikte)*, III, 247; وَقِيلَ فِي نِسْبَةِ جَوَازِ الْمُتَعَةِ إِلَى مَالِكٍ نَظَرٌ لِأَنَّهُ رَوَى الْحَدِيثَ فِي الْمُوَطَّأِ عَنْ ابْنِ شَهَابِ

206 İbnü'l-Hümâm ise bu sözün İmam Mâlik'e nispetinin hata olduğunu söylemektedir. (İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadir*, III, 247); نسيته الى مالك غلط

207 Leknevî, *Şerhü'l-Hidâye*, III, 28; (نسبته الى مالك غلط لا خلاف فيه بين الائمة...) Leknevî, *et-Ta'liku'l-mümecced*, II, 546.

208 İbn Abidin, *Reddül-muhtâr*, İstanbul 1984, III, 5; قَالَ مَالِكٌ فِي هَذَا الْحَدِيثِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنِ الْمُتَعَةِ النَّسَاءِ يَوْمَ خَيْبَرَ

hadisle istidlâl ederek bu nikahın bâtil/haram olduğunu açıkça ifade etmektedir.²⁰⁹ Nitekim Mâlikî kaynakları da, bunu teyit etmektedir. Meselâ İmam Mâlik'e, bir kimsenin bir başkasıyla bir aylığına evlilik yapmasının câiz olup olmadığı sorulduğunda, İmam Mâlik bunun müt'a ve bâtil olduğunu söyler.²¹⁰ İbn Abdilber ve Karâfi ise, mezkûr hadise atıfta bulunarak İmam Mâlik'in bu nikahı haram gördüğünü açıkça ifade etmektedir.²¹¹

Merğînânî'nin İmam Mâlik'e hatalı nisbette bulunmuş olması ya konuyu tam tetkik etmediği veya aynı nisbet hatasını yapan İmam Serahsî'nin "Müt'a nikahı bize göre batıl, Mâlik'e göre câizdir."²¹² şeklindeki ifadesine tabi olduğu ihtimalini kuvvetlendirmektedir.

2. Kölenin Evliliği

İslâm aile hukukunda köle, evlenme ehliyeti yönünden eksik kabul edilmiştir. Dolayısıyla erkek veya kadın köle, ancak efendisinin rızasıyla evlenebilir. Özellikle erkek kölede efendinin izninin aranması, evliliğin erkek köle için doğuracağı malî mükellefiyetlerin neticede efendiye zarar vermesi ihtimalinden dolayıdır. Zira kölenin mehir borcuna kölenin şahsının mülkiyeti muhatap olmakta ve belirli durumlarda bu borç için satılabilmektedir. Bu ise efendinin mal varlığında bir eksilmeye yol açacaktır. Bu yüzden kölenin evlenmesinde efendinin rızası aranmıştır.²¹³ Hatta bu konuda âlimlerin icmâi söz konusudur.²¹⁴

Hanefî mezhebine göre, sahibinin izni olmaksızın kölenin kendi başına evlenmesi ve boşanması câiz değildir.²¹⁵ Mâlikî²¹⁶, Şâfiî²¹⁷ ve Ahmed b. Hanbelî²¹⁸ Hanefîler'le aynı kanaati paylaşmaktadır.

209 Mâlik b. Enes, *el-Muvatta'* (Yahya b. Yahyâ rivayeti) (thk. Beşşâr Avvâd), Beyrut 1997, s. 50; عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ مُتْعَةِ النِّسَاءِ يَوْمَ حَبِيرٍ

210 Sahnûn, *el-Müdevvene*, II, 196; قلت: رأيت إن قال أتزوجك شهرا يبطل النكاح أم يجعل النكاح صحيحا ويبطل الشرط؟ قال: قال مالك النكاح باطل فيفسخ وهذه المتعة

211 İbn Abdilber, *el-İstizkâr*, XVI, 288; Karâfi, *ez-Zahîre* (thk. Muhammed Bu Hubze), Beyrut 1994.

212 Serahsî, *el-Mebsût*, V, 152; وهذا باطل عندنا جائز عند مالك بن أنس

213 Aydın, Mehmet Âkif, Hamîdullah, Muhammed, "Köle", *DİA*, XXVI, 240.

214 İbn Kudâme, *el-Muğni*, IX, 436.

215 Tahâvî, *Muhtasarü İhtilâfi'l-ulemâ*, II, 361; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi*, II, 234; Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 508; ولا يجوز نكاح العبد والأمة إلا بإذن مولاهما; Zebîdî, *el-Cevheretü'n-neyyire*, Amman 2015, IV, 329.

216 İbn Cüzey, *el-Kavânînü'l-fikhiyye*, Beyrut t.y, s. 132.

217 Şâfiî, *el-Ümm*, VI, 158; Mâverîdî, *el-Hâvi'l-kebir*, IX, 73.

218 İbn Kudâme, *el-Muğni*, IX, 436.

Merğînânî *el-Hidâye*'de, İmam Mâlik'in kölenin talâk hakkına sahip olduğu gibi evlenme hakkına da sahip olabileceği görüşünde olduğunu söyler.²¹⁹ Fakat gerek *el-Hidâye* şerhlerinde, gerekse Mâlikî kaynaklarında verilen bilgilerden bu nisbetin yerinde olmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim Sadruddîn b. Ebî'l-İzz, Merğînânî'nin nisbetinin doğru olmadığını İmam Mâlik'in de tıpkı Ebû Hanîfe gibi düşündüğünü bildirir.²²⁰

Mâlikîler'den Sahnûn, İmam Mâlik'e göre kölenin nikahının sahibinin iznine bağlı olduğunu, dolayısıyla izinsiz evlendiği takdirde sahibinin bu evliliği feshedebileceğini belirtir.²²¹ İbn Abdilber, Mâlikî mezhebinin tamamına göre kölenin nikahının, sahibinin iznine bağlı olduğunu haber verir.²²²

3. Süt Emzirmede Şahitlik

Sözlükte “süt emmek; emzirmek” anlamlarındaki radâ' (rıdâ') kelimesi, terim olarak “bir kadının sütünün emzirme yoluyla ya da başka bir şekilde içilip yutulması” demektir.²²³

Diğer dinlerde herhangi bir bağlayıcılığı olmayan süt emzirme uygulaması, İslam dininde belirli bir hukukî çerçeveye oturtulmuştur. Bu bağlamda ihtiyaç halinde bir annenin çocuğunu süt emmesi için başka bir anneye bırakması câiz kabul edilmiştir. Buna göre süt emzirme, sütanne (murdı'/murdia) ile süt emen çocuk (radâ') arasında bir süt hısımlığı ihdas etmekte ve aile fertlerinden bazıları için evlilik engeli oluşturmaktadır.

Fukahâ sütkardeşliğin evliliğe mani olduğu konusunda ittifak etmekle birlikte kaç kez emzirmekle ve kaç şahitle ispatlanacağı konusunda ihtilaf etmişlerdir.

Hanefiler bebeğin, sütanneyi en az bir, Şâfiîler ise beş kez doyurucu emmesini şart koşmaktadır. Hanefiler süt akrabalığın sübütunun ikrarla veya -nikahta olduğu gibi- en az iki erkek veya bir erkek iki kadının şahadetiyle olabileceğini ileri sürerken²²⁴, Şâfiîler buna ilaveten dört kadının şahadetinin de yeterli olacağını savunur. Mâlikîler, iki adil erkek veya bir erkek bir kadın ya da iki kadının şehade-

219 Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 508; وقال مالك رحمه الله يجوز للعبد لأنه يملك الطلاق فيملك النكاح

220 Sadruddîn b. Ebî'l-İzz, *et-Tenbih*, III, 1247; ليس هذا مذهب مالك، وإنما مذهب كـمذهب أبي حنيفة

221 Sahnûn, *el-Müdevvene*, II, 245; İbn Cüzey, *el-Kavânîni'l-fıkhiyye*, s. 132.

222 İbn Abdilber, *el-İstizkâr*, XVI, 311; وأما نكاح العبد بغير إذن سيده فجملة مذهب مالك وأصحابه فيه أنه نكاح موقوف على إجازة السيد فإن شاء أجازته وإن شاء فسخته

223 Kaşıkçı, Osman, “Radâ”, *DİA*, IIIIV, 384.

224 Serahsî, *el-Mebsût*, V, 137; ولا يجوز شهادة امرأة واحدة على الرضاع

tini kabul ederken,²²⁵ Hanbelîler tek bir kadının şehadetinin kafi geleceğini söyler. Ahmed b. Hanbel'den gelen ikinci bir rivayette ise, iki kadının şehadeti geçerlidir.²²⁶

Merğînânî, *el-Hidâye*'de Hanefî mezhebinin mezkûr görüşünü ifade ettikten sonra, İmam Mâlik'e istinâden sütkardeşliğinin ispatı hususunda âdil olan bir kadının şahitliğinin yeterli olabileceğini nakletmektedir.²²⁷ Fakat gerek *el-Hidâye* şerhlerinde, gerekse Mâlikî kaynaklarında verilen bilgilerden bu nisbette eksik bir bilgilendirme olduğu anlaşılmaktadır.²²⁸

Hanefî şârihlerinden Sadruddîn b. Ebî'l-İzz, Serûcî'den naklen bu görüşün Ahmed b. Hanbel'e nisbet edildiğini, İmam Mâlik'e göre sütkardeşliğin iki şahitle sabit olduğunu belirtir.²²⁹ Aynî, tek bir kadının şehadetinin Ahmed b. Hanbel, Tâvus, Zührî ve Evzâî gibi âlimler tarafından kabul edildiğini nakleder.²³⁰ İbnü'l-Hümâm, fazla ayrıntıya girmeden gerek Şâfiî, gerekse Mâlikî mezhebinde, iki kadının şehadetiyle sütkardeşliğin sabit olduğunu ifade eder.²³¹ Leknevî'nin bu konuya hiç değinmediği görülmektedir.²³²

Mâlikî mezhebinde İmam Mâlik'den bu konuda iki rivayet nakledilmektedir. Bir rivayette -şahitlik iddiasının önceden bilinmesi şartıyla- en az iki güvenilir kadının şahitliği yeterli gördüğü²³³, bundan aşağısını câiz görmediği nakledilirken diğerinde ise -herhangi bir şart koşulmaksızın- tek kadının şahitliği geçerli sayılmaktadır.²³⁴ Nitekim Derdîr, tek kadının şehadetiyle sütkardeşliğin mümkün olamayacağını söylemektedir.²³⁵ Kısacası Merğînânî'nin iki rivayetten birini İmâm Mâlik'e nisbet etmesi, aynı rivayeti esas alan Serahsî'den olduğu gibi naklettiği izlenimi vermektedir.²³⁶ Ayrıca Diyanet İslam Ansiklopedisinin²³⁷ detaya değinmeksizin bunu Mâlikî mezhebinin esas görüşü olarak göstermesi kanaatimizce ayrı bir eksik bilgilendirme olarak görünmektedir.

225 Sahnûn, *el-Müdevvene*, III, 411; Desûkî, *Hâşiyetü'ş-Şerhi'l-kebir*, II, 506.

226 İbn Kudâme, *el-Muğni*, XI, 340.

227 Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 529; موصوفة بالعدالة إذا كانت واحدة إذا كانت موصوفة بالعدالة

228 Sahnûn, *el-Müdevvene*, III, 411.

229 Sadruddîn b. Ebî'l-İzz, *et-Tenbih*, III, 1286; وحكى قبل ذلك ان مذهب مالك ...

230 Aynî, *el-Binâye*, IV, 366; İbn Kudâme, *el-Muğni*, XI, 340.

231 İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadir*, III, 461; وَالَّذِي فِي كُتُبِهِمْ إِنَّمَا يَنْبَغُ بِشَهَادَةِ امْرَأَتَيْنِ، وَكَذَا عِنْدَ مَالِكٍ؛

232 Leknevî, *Şerhi'l-Hidâye*, III, 150.

233 Sahnûn, *el-Müdevvene*, II, 411; قلت: أرأيت لو أن امرأتين شهدتا على رضيع وامرأته، أيفرق بينهما في قول مالك؟

234 Sahnûn, *el-Müdevvene*, II, 411; قلت: قال مالك: نعم يفرق بينهما إذا كان ذلك قد فشا وعرف من قولها قبل هذا

235 Ebnü'l-Berekât Ahmed b. Muhammed b. Ahmed Adevi Derdîr, *eş-Şerhi'l-kebir alâ Muhtasari Halil*, Sayda 2006, I, 846

236 Serahsî, *el-Mebsût*, V, 138; وكان مالك رحمه الله تعالى يقول ثبت حرمة الرضيع بشهادة امرأة واحدة إذا كانت عدلا

237 Kaşıkçı, Osman, "Radâ", *DİA*, IIIIV, 386.

4. Zina İkrarından Dönmenin Hükümü

Sözlükte “yerine getirmek, sabit kılmak, ispat etmek; itiraf etmek, bir şeyi haber vermek” anlamlarına gelen ikrâr, hukuk terimi olarak “kişinin kendisi aleyhine başkasına ait bir hakkı haber vermesini” ifade eder.²³⁸

İslam hukukuna göre zina suçunun sabit olabilmesi için dört erkek şahidin bu olayı yakinen müşahade etmesi veya zina yapan kişinin bunu itiraf (ikrar) etmesi gerekmektedir.²³⁹ Şayet kişi bu ikrarından dönerse (rücû ederse)²⁴⁰; Hanefî²⁴¹, Mâlikî²⁴², Şâfiî²⁴³ ve Hanbelî²⁴⁴ mezhebine göre ikrarı kabul edilir ama kendisine had cezası uygulanmaz.

Merğînânî, Hanefîler’in mezkûr görüşünü zikrettikten sonra, İmam Şâfiî ve İbn Ebî Leylâ’ya göre böyle bir kişiye had uygulanması gerektiğini söylemektedir.²⁴⁵ Fakat gerek *el-Hidâye* şerhlerinde, gerekse Şâfiî kaynaklarında verilen bilgilerden İmam Şâfiî’ye yapılan bu nisbetin hatalı olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim *el-Hidâye* şârihlerinden Sadruddîn b. Ebî’l-İzz, zina ikrarından dönen kişinin ikrarının geçerli olması hususunda -Merğînânî’nin ifadesinin aksine- İmam Şâfiî ile Ebû Hanîfe’nin aynı görüşte olduğunu, bu görüşün (aslında) İbn Ebî Leylâ ile Osman el-Bettî’ye (v. 143/760) nisbet edildiğini belirtmektedir.²⁴⁶ Leknevî ise şerhinde bu hususa değinmemektedir.²⁴⁷

İmam Müzenî, İmam Şâfiî’nin “zina ikrarından rücû eden kişi -isterse had cezasının bir kısmı kendisine uygulanmış olsun- serbest bırakılır” şeklindeki ifadesine yer verirken²⁴⁸ şârih Mâverdi ikrar yapan kişinin rücû’nun kabul edilip cezasının düşürüleceğini Ebû Hanîfe ve fakihlerin çoğunluğunun bu görüşte olduğunu nakletmektedir.²⁴⁹

238 Koca, Ferhat, “İkrar”, *DİA*, XXII, 38.

239 Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 737.

240 İkrardan rücû; “ikrarımdan döndüm, vazgeçtim, yalan söylemişim” vb. açık bir ifade ile yapıldığı gibi mukırrın ikrar sırasında çocuk veya mecnun olduğunu ya da zorlama ile ikrarda bulunduğunu iddia etmesi, ceza uygulaması sırasında kaçması gibi zımnî bir şekilde de olabilir. Bkz. Koca, Ferhat, “İkrar”, *DİA*, XXII, 40.

241 Tahâvî, *Muhtasarü ihtilâfi'l-ulemâ*, III, 284; *السرقة وشرب الخمر*; Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 94; Kâsânî, *Bedâi’u’s-sanâi*, VII, 61.

242 Desûkî, *Hâşiyetü’ş-Şerhi’l-kebir*, IV, 265; *إِنْ مِنْ أَقْرَبِ الزَّانَا وَرَجَعَ عَنْ إِقْرَارِهِ يُقْبَلُ رُجُوعُهُ*

243 Mâverdi, *el-Hâvî’l-kebir*, XVII, 43.

244 İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XII, 379.

245 Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 738; *يَقِيمُ عَلَيْهِ الْحَدَ لِأَنَّهُ وَجِبَ الْحَدَ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ أَبِي لَيْلَى*

246 Sadruddîn b. Ebî’l-İzz, *et-Tenbih*, IV, 129;... لا كما ذكره المصنف ... قول الشافعي كقول أبي حنيفة ...

247 Leknevî, *Şerhü’l-Hidâye*, IV, 83.

248 Müzenî, *Muhtasarü’l-Müzenî fi füru’i’ş-Şafiyye*, Beyrut 1998, s. 342; *قَالَ الشَّافِعِيُّ: « وَمَنْ رَجَعَ تَرَكَ، وَقَعَ بِهِ »*

249 Mâverdi, *el-Hâvî*, XIII, 210; Şirâzi, *el-Mühezzeb*, (thk. Vehbe Zuhayli), Beyrut 1996, V, 680.

Nevevî ise İmam Şâfiî'nin kişi ikrarından dönmesi halinde serbest bırakılacağını tekrar ikrar etmesi halinde de had cezası uygulanacağı yönündeki sözünü nakleder.²⁵⁰

5. Lukatanın İade Edilmesi

Sözlükte mastar olarak “bir malı yerden kaldırıp almak”, isim olarak “buluntu mal” anlamına gelen “lukata” İslam hukukunda “mâliki bilinmeyen fakat mubah mal grubunda da yer almayan buluntu mal...”²⁵¹ manasında kullanılır.

İslam hukukunda buluntu mal onu alan kişi elinde emanet hükmünde olduğundan malı sahibi gelene kadar korumak, ilan etmek ve malı kendisine tevdi (teslim) etmek gibi bazı şer'î yükümlülükleri bulunmaktadır. Hanefî mezhebinde lukatanın kendisine ait olduğunu iddia eden kişi, malın kendisine ait olduğuna dair her hangi bir delil ortaya koymadıkça -sadece mala dair bazı âlâmetleri zikretmesiyle- buluntunun kendisine teslim edilmesi zorunlu değildir. Hatta malı bulan kişi mahkeme kanalıyla da buna icbar edilemez.²⁵² İmam Şâfiî, Ebû Hanîfe ile aynı kanaati paylaşırken İmam Mâlik²⁵³, Ahmed b. Hanbel²⁵⁴, Ebû Ubeyd, Dâvûd ez-Zâhiri ve İbnü'l-Münzir gibi fukahâ, kişinin icbar edilebileceğini söylemişlerdir.²⁵⁵

Merğînânî mezhebin mezkûr görüşünü naklettikten sonra, İmam Mâlik ve Şâfiî'ye nispetle bu durumda kişinin icbar edilebileceğini söyler. Halbuki yukarıda da ifade ettiğimiz gibi bu görüşün İmam Mâlik'e nispeti doğru olmakla beraber, Şâfiî'ye nispeti hatalıdır. Nitekim bu nisbetin doğru olmadığı, gerek *el-Hidâye* şerhlerinde, gerekse Şâfiî kaynaklarında açıkça ifade edilmiştir. Meselâ İmam Tahâvî, Şâfiî'nin Ebû Hanîfe ile aynı kanaati paylaştığını daha önce ifade etmiş olmasına rağmen Merğînânî'nin bu bilgiye ulaşmamış olması dikkat çekicidir.²⁵⁶ Şârih Sadruddîn b. Ebî'l-İzz, malın sahibine zorunlu olarak iadesi (icbar) için mal sahibinin beyine getirmesi gerektiği hususunda Şâfiî'nin Ebû

250 Nevevî, *Şerhu'l-Müslim*, Riyad 2003, VI, 204.

251 Köse, Saffet, “Lukata”, *DİA*, XXVII, 223.

252 Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 7; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, VI, 202; Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 896; وإذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع إليه حتى يقيم البينة

253 Sahnûn, *el-Müdevvene*, VI, 174-175; Desûkî, *Hâşiyetü's-Şerhi'l-kebir*, IV, 119; İbn Rüşd, *el-Bidâye*, IV, 112.

254 İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 309, یعنی إذا وصفها بصفاتها. مسألة : قال : فإن جاء ربه فوصفها له دفعت إليه بلا بينة : يعني إذا وصفها بصفاتها. المذكورة دفعها إليه سواء غلب على ظنه صدقه أو لم يغلب وبهذا قال مالك و أبو عبيد و داود و ابن المنذر و قال أبو حنيفة و الشافعي لا يجبر على ذلك إلا بين

255 Sadruddîn b. Ebî'l-İzz, *et-Tenbih*, IV, 314.

256 Tahâvî, *Muhtasaru ihtilâfi'ulemâ*, IV, 343; قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي مدعي اللقطة لا يستحق بالعلامة حتى ; يقيم البينة ولا يجبر الملتقط على دفعها إليه بالعلامة

Hanîfe gibi düşündüğünü, dolayısıyla Merğînânî'nin İmam Şâfiî'ye yapmış olduğu bu nispetin doğru olmadığını belirtir.²⁵⁷ Aynî *el-Binâye*'de İmam Mâlik, Ahmed b. Hanbel ve diğerlerinin icbar görüşünü zikrettikten sonra Şâfiî'nin Ebû Hanîfe gibi düşündüğünü belirtir.²⁵⁸ Leknevî ise, Şâfiî'ye yapılan hatalı nispetten dolayı herhangi bir açıklamada bulunmamaktadır.²⁵⁹

İmam Şâfiî, *el-Ümm*'de malı yitiren kişinin buluntu malın sayısını, ağırlığını ve şeklini söylediğinde bulan kişinin -mal sahibinin doğru söylediğine kanaat getirdiği takdirde- malı ona verebileceğini, fakat herhangi bir beyyine getirmede olduğu takdirde iade etmesinin mecbur kılınmayacağını ifade eder.²⁶⁰

Mâverdi ise kişi buluntunun kendisine ait olduğuna dair açık bir delil getirmediği takdirde malın kendisine teslim edilmesinin vâcip olduğunu söyler.²⁶¹ Şirbinî mezhep içinde iki görüş bulunduğunu, tercih edilen birinci görüşe göre beyyine getirmeyip sadece niteliklerini zikretmekle yetinen kişiye malın teslim edilmesi vâcip değildir. İkinci görüşe göre -davacının beyyine getirmesinin zor olacağı düşüncesiyle- malı bulan kişinin bunu sahibine iade etmesi zorunludur.²⁶²

Merğînânî'nin İmam Şâfiî'ye ait iki görüşten sadece birini nakletmesi diğer görüşe muttali olmadığını bu sebeple eksik bilgilendirilmediğini bulduğu kanaatini uyandırmaktadır.

6. Bid'at Ehlinin Şahitliği

Sözlükte “*hazır bulunmak, haber vermek, bilmek, gözlemek, görmek*” anlamlarındaki şehâdet kökünden türeyen şahit, fıkıh terimi olarak bir olaya veya duruma tanık olan veya tanıklık eden kişiyi ifade eder.²⁶³

Âlimler, âdil ve güvenilir kimselerin şahitliği hususunda ittifak etmekle birlikte bid'at ehlinin (ehl-i hevânın) şahitliğinin kabulü konusunda ihtilaf etmişlerdir.²⁶⁴

257 Sadruddîn b. Ebî'l-İzz, *et-Tenbih*, IV, 314; «لا كما قال المصنف مذهب الشافعي كمدذهب أبي حنيفة في اشتراط إقامة البينة على وجوب الدفع»

258 Aynî, *el-Binâye*, VI, 35; «فان في كتب اصحاب الشافعي قوله كقولنا; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadir*, VI, 129; وَالْحَقُّ أَنْ قَوْلَ الشَّافِعِيِّ كَقَوْلِنَا

259 Leknevî, *Şerhü'l-Hidâye*, IV, 375.

260 Şâfiî, *el-Ümm*, IV, 412; «ولا أجره في الحكم إلا بيينة تقوم عليها»

261 Mâverdi, *el-Hâvi*, VIII, 23; «فَإِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةُ الْعَادِلَةَ عَلَى مَلِكِيهَا، فَجَبَّ تَسْلِيمُهَا لَهُ وَجَبَّ تَسْلِيمُهَا لَهُ»

262 Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 416.

263 Apaydın, H. Yunus, “Şahit”, *DİA*, XXXVIII, 278.

264 Mervezi, *İhtilafü'l-fukahâ*, s. 286.

la başkasının şahit olduğu şeyi ondan naklederek şahitlik etmeye (şehâde aleş-şehâde) denir. Bu sebeple mezheplerin hemen hepsi, şahitlik üzerine şahitliğin câiz olmasını, asıl şahidin şahitlik etmesinin imkânsız veya son derece güç olması şartına bağlamışlardır.²⁷⁷ Hanefî ve Hanbelîler şahitlik üzerine şahitliğin ancak had ve kısas konularının dışında geçerli olabileceğini savunurken Mâlikî ve bazı Şâfiîler, şahitlik üzerine şahitliğin bütün konularda geçerli sayıldığını söyler.²⁷⁸

Hanefîler, “Bir adamın şahitliğine, ancak iki adam şahitlik edebilir” vb. hadisleri esas alarak bir kişinin şahitliğine yine bir kişinin şahitlik yapmasını yeterli görmemektedir.²⁷⁹ Mâlikî²⁸⁰, iki görüşünden birinde Şâfiî²⁸¹ ve Ahmed b. Hanbelî²⁸² Hanefîler’le aynı kanaati paylaşmaktadır.²⁸³

Merğînânî, Hanefîler’in mezkûr görüşünü naklettikten sonra İmam Mâlik’in bir kişinin şahitliğine başka bir kişinin şahitlik yapmasını yeterli gördüğünü söyler. Fakat gerek *el-Hidâye* şerhlerinde gerekse Mâlikî kaynaklarında verilen bilgilerden bu nisbetin hatalı olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim Sadruddîn b. Ebî’l-İzz²⁸⁴ ve İbnü’l-Hümâm,²⁸⁵ Merğînânî’nin İmam Mâlik’e yapmış olduğu bu nisbetin doğru olmadığını, aksine İmam Mâlik’in de Ebû Hanîfe ile aynı kanaati paylaştığını belirtmektedir. Leknevî ise, konuyla ilgili olarak herhangi bir şey söylememektedir.²⁸⁶ Ayrıca İmam Tahâvî²⁸⁷’nin İmam Mâlik’in Ebû Hanîfe gibi düşündüğünü daha önce ifade etmesine rağmen Merğînânî’nin bu bilgiye ulaşamamış olması dikkat çekicidir.

Mâlikîler’den Sahnûn, İmam Mâlik’e göre bir kişinin şahitliğine tek kişinin şahitlik yapamayacağını bunun ancak iki şahit ile câiz olabileceğini söyler.²⁸⁸

Merğînânî’nin İmam Mâlik’e hatalı nisbette bulunmuş olması muhtemelen İmam Serahsî’nin “Mâlik’e göre bir kişinin şahitliğine tek kişinin şahitlik yapması câizdir”²⁸⁹ şeklindeki ifadesine tabi olduğunu göstermektedir.

277 Aynî, *el-Binâye*, VII, 222.

278 Apaydın, H. Yunus, “Şahit”, *DİA*, XXXVIII, 282.

279 Tahâvî, *Muhtasarı İhtilâfî’l-ulemâ*, III, 361; Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 1117; شهادة واحد على شهادة ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد ; Zuhaylî, *el-Fikhu’l-İslâmî*, VIII, 6049.

280 Muhammed b. Abdullah el-Mâlikî Haraşî, *el-Haraşî alâ Muhtasarı Halîl*, VII, 219, Desûkî, *Hâşiyetü’ş-Şerhi’l-kebir*, IV, 205.

281 Mâverdî, *el-Hâvî*, XVI, 189; وَإِنْ كَانَ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ قَوْلَيْنِ XII, 219.

282 Ebü’l-Hattâb, *el-Hidâye*, Beyrut 2002, II, 209.

283 Sadruddîn b. Ebî’l-İzz, *et-Tenbih*, IV, 531.

284 Sadruddîn b. Ebî’l-İzz, *et-Tenbih*, IV, 531; مذهب مالك كمدىب ابى حنيفة

285 İbnü’l-Hümâm, *Fethü’l-Kadîr*, VII, 464.

286 Leknevî, *Şerhi’l-Hidâye*, V, 465.

287 Tahâvî, *Muhtasarı ihtilâfî’l-ulemâ*, III, 361.

288 Sahnûn, *el-Müdevvene*, V, 160; قلت: وتجاوز شهادة الشاهد على الشاهد في قول مالك؟ قال: لا يجوز إلا شاهدان على شاهد

289 Serahsî, *el-Mebsût*, XVI, 138; وقال مالك رحمه الله تعالى تجوز شهادة الواحد على شهادة الواحد

8. Şahitlikten Dönme

İslam hukukunda şahidin yapmış olduğu şahitlikten dönmesi, âdilâne hükmün tesisi gayesiyle geçerli sayılmıştır. Şahitlikten dönme, ancak mahkemede olursa geçerli sayılmıştır. Hükmün verilmesinden önce vâki olursa, yapılan şahitlik geçersiz kabul edilir. Hükmün verilmesinden sonra gerçekleşmesi halinde, hükmün bozulmasının gerekip gerekmediği ve şahitlik edilmiş olayın mahiyetine göre tazmin borcunun doğup doğmayacağı gibi hususlarda geniş tartışmalar vardır.²⁹⁰

Hanefî²⁹¹, Mâlikî²⁹², Şâfiî²⁹³ ve Ahmed b. Hanbelî²⁹⁴ göre iki kişinin bir mal hususunda yapmış olduğu şahitlikten sonra hakimin verdiği karar sonrasında şahitlikten dönmeleri halinde mağdurun zararını tazmin etmeleri gerekir.

Merğînânî *el-Hidâye*'de, İmam Şâfiî'ye göre iki kişinin bir mal hususunda yapmış olduğu şahitlikten sonra hakimin verdiği karar sonrasında şahitlikten dönmeleri halinde mağdurun zararını tazmin etmeyeceklerini ifade etmektedir.²⁹⁵ Fakat gerek *el-Hidâye* şerhlerinde, gerekse Şâfiî kaynaklarında verilen bilgilerden bu nisbette eksik bir bilgilendirme olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim Sadruddîn b. Ebî'l-İzz, İmam Şâfiî'ye nispet edilen bu görüşün zayıf olduğunu belirtirken²⁹⁶, Leknevî buna dair herhangi bir şey söylememektedir.²⁹⁷

İmam Nevevî, İmam Şâfiî'nin bu konuda iki görüşü bulunduğunu, fakat tercih edilen kadîm görüşe göre bu kişilerin bunu tazmin etmesi gerektiğini bildirir.²⁹⁸ Minhâcî de bir mal hususunda şahitlik yapan kişiler hüküm verildikten sonra şahitliklerinden dönecek olursa Ebû Hanîfe, Mâlik, kadîm kavlinde Şâfiî ve Ahmed b. Hanbelî'e göre zararın kendilerine tazmin ettirileceğini fakat Şâfiî'nin cedîd kavline göre herhangi bir şey ödemeyeceklerini nakleder.²⁹⁹

Merğînânî'nin öncelikle konuyla ilgili Şâfiî'ye ait her iki görüşe de yer vermesi gerekirdi. Musannifin eksik bilgilendirmesi muhtemelen Şâfiî'nin diğer görüşüne muttali olamadığını göstermektedir.

290 Apaydın, H. Yunus, "Şahit", *DİA*, XXXVIII, 282.

291 Tahâvî, *Muhtasarı ihtilâfî'l-ulemâ*, III, 363; Serahsî, *el-Mebsût*, XVI, 180; Kâsânî, *Bedâi'ûs-sanâi*, VI, 286; Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 1123.

292 Desûkî, *Hâşiyetü's-Şerhi'l-kebir*, IV, 207.

293 Mâverî, *el-Hâvî*, XVII, 266-267.

294 İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XIV, 248-249.

295 Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 1123; وقال الشافعي : لا يضمنان

296 Sadruddîn b. Ebî'l-İzz, *et-Tenbih*, IV, 533.

297 Leknevî, *Şerhi'l-Hidâye*, V, 475.

298 Nevevî, *Ravzatü't-tâlibin*, VIII, 274; *el-Mecmû'*, XX, 281; المذهب الغرم مطلقا

299 Minhâcî, *Cevâhirü'l-ukûd*, Beyrut 1996, II, 355.

SONUÇ

Merğînânî, *el-Hidâye*'de Hanefî mezhebine ait görüşleri verirken sık sık İmam Şâfiî ve İmam Mâlik'in görüşlerini de nakletmektedir. Musannifin bu imamların görüşlerine dair verdiği bilgiler çoğunlukla kendi eserlerindekiyle veya kendi mezhep kaynaklarındakilerle örtüşmekle birlikte, bazı meselelerde onların görüşünün veya mezhepteki râcih görüşün tamamen aksi yönünde nakilde bulunduğu görülmektedir.

Merğînânî'nin, mezkûr meselelerde gerek İmam Mâlik'e, gerekse İmam Şâfiî'ye hatalı veya eksik nispette bulunmasının bazı sebepleri bulunmaktadır. Öncelikli olarak bunların müstensih hatası olabileceği ihtimali hatıra gelse de, *el-Hidâye* şârihlerinin böyle bir hata üzerinde durmamaları bu ihtimali azaltmaktadır. İkinci ihtimal ise Merğînânî'nin içinde bulunduğu zaman ve mekân itibarıyla Mâlikî ve Şâfiî hatta bazı Hanefî kaynaklarını yeteri derecede tetkik edememiş olması sebebiyle onlardan gelen farklı rivayetlerden sadece birine muttali olmuş ve onu aktarmış olmasıdır.

Musannifin diğer imamların görüşleri hakkında hatalı veya eksik bilgi verdiği bazı meselelerde selefi Serahsî'den nakille yetinmesi bu ihtimali güçlendirmektedir. Ancak bunlardan bir kısmının İmam Mâlik ve İmam Şâfiî'nin mezhep içinde tercih edilmeyen (mercûh) görüşü şeklinde tezâhür etmesi okuyucu açısından yanıltıcı olabilmektedir.

Diğer bir ihtimal de, musannifin eseri kaleme alırken bazı konularda zihnindeki bilgilerle yetinmesi, dolayısıyla kaynaklara bakma ihtiyacı duymaksızın nakilde bulunmasıdır.

Nitekim (kabe'de namaz, oruç keffareti, şahitlik üzerine şahitlik) gibi konularda görüldüğü üzere Merğînânî bazen selefi Tahâvî ve Serahsî'nin mezkûr imamlara yaptıkları doğru nisbetlerine bakmaksızın aksi yönde haber verdiği, bazen de (müt'a nikahı, süt emzirmede şahitlik, bidat ehlinin şahitliği, vb.) konulardaki hatalı nisbetlerini tetkik etmeksizin aynen naklettiği ve hataya düştüğü görülmüştür.

Çalışmada dikkatimizi çeken diğer bir husus da, *el-Hidâye* şârihlerinin bir kısım meselelerde Merğînânî'nin verdiği hatalı veya eksik bilgiyi tetkik etmeyip olduğu gibi aktardıkları, hatta bazen bu hatayı teyit eder mahiyette şerhler yapmaları olmuştur.

Bu tespitlerden çıkan önemli bir sonuç, -zikri geçen bazı akademik çalışmalarda da belirtildiği üzere- mezhep mensubu olmayan müelliflerce yahut onların

eserlerine şerh / hâşiye yazan âlimler tarafından o mezhebe veya imamına nispet ederek verilen bilgilerin hatalı olabileceği, dolayısıyla her mezhebin (özellikle râcih / müftâ bih) görüşünün yine o mezhebin kendi kaynaklarından öğrenilmesi ve aktarılmasının daha doğru olacaktır.

Yukarıda özetlenen tespit ve sonuçların yanı sıra şu hususun da göz ardı edilmemesi gerektiğini belirtmeliyiz: Fıkıh literatürüne ve özellikle Hanefi mezhep birikimine çok değerli katkılar yapmış bir İslâm âlimi olan Merğînânî'nin, *el-Hidâye* adlı kitabı üzerinde belirli bir açıdan yaptığımız bu inceleme, bir yönüyle de, bir tür mezhepler arası mukayeseli fıkıh eseri olan *el-Hidâye*'nin oldukça kapsamlı bir alanın yüzlerce meselesini ele alırken temas ettiği diğer mezhep görüşleri konusunda bütüne oranla çok az sayılabilecek nispet eksikliği veya hatası içerdiğini, dolayısıyla kendi döneminin şartları içinde titiz bir çalışma ve ciddi bir emek mahsulü olduğunu ortaya koymuş olmaktadır.

VEHHÂBÎ DÜŞÜNÇESİNDE HÜKÜM KAYNAKLARI VE MUHAMMED B. ABDÜLVEHHÂB'IN İLMÎ DİSİPLİNLER İÇİN ÖNERDİĞİ DÖRT KAİDE*

Yrd. Doç. Dr. Kerime CESUR TURHAN**

Özet: Vehhâbilik hakkındaki yaygın kanaat, Muhammed b. Abdülvehhâb'ın (ö. 1206/1792) bü-yük ölçüde İbn Teymiyye (ö. 728/1328) ve İbnü'l-Kayyim'in (ö. 751/1350) etkisi altında şekillenen fikirleriyle başlattığı akaid yönü ağırlıklı dinî bir reform hareketi olarak ortaya çıktığı şeklindedir. Böyle olmakla birlikte İbn Abdülvehhâb dinî ilimlerin hemen her sahasına ilişkin az veya çok fikir beyan etmiştir. Fıkıh sahası da bunlardan biridir. Fıkıha ait birçok konuyla ilgili görüş-leri müntesipleri tarafından bir araya getirilmiş kitaplaştırılmıştır. Hükümlerin elde edilmesine yönelik sistematik bir metoda sahip olmayan Vehhâbiler, aksine bir delil olmadığı müddetçe diğer mezheplerin özellikle Hanbelî mezhebinin ve İbn Teymiyye ile İbnü'l-Kayyim'in yöntem-lerini ve vardıkları hükümleri kullanmışlardır. Bunların dışında Muhammed b. Abdülvehhâb ilmî disiplinlerle meşgul olanların dinin hükümlerine vakıf olabilmesi için dört kaide önermektedir. Makalede Vehhâbî düşüncesinde hükümlerin elde edilmesinde kullanılan kaynaklar ve izlenen yol ile beraber dört kaide ve yeri geldikçe Hanbelî mezhebinin, İbn Teymiyye, İbnü'l-Kayyim ve bazı Vehhâbî ulemasının konu ile ilgili görüşlerine de değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Hanbelî Mezhebi, İbn Teymiyye, İbnü'l-Kayyim, Muhammed b. Abdülvehhâb, Vehhâbî, Fıkıh, Kaynak, Hüküm, Dört Kaide.

Sources for Hukm in Wahnâbî Thought and Four Principles that Muhammad b. 'Abdalwahnâb proposed for Islamic Disciplines

Abstract: The common perception about Wahnâbism is that it appeared as an 'akîda (the Islamic doctrine) intensive, religious reform movement which Muhammad b. 'Abdalwahnâb (d. 1206/1792) initiated with his thoughts largely formed under the effect of Ibn Taymiyyah (d. 728/1328) and Ibn Qayyim (d. 751/1350). Notwithstanding that, Ibn 'Abdalwahnâb expressed opinions more or less in almost any area of religious sciences. Islamic Law (*Fiqh*) is one of these fields. His views on many issues of Islamic Law are compiled and published into books by his disciples. Having no command of a systematic method to reach a resolution, Wahnâbis took advantage of the methods and opinions of other denominations, especially Hanbalî Madhhab and Ibn Taymiyyah and Ibn Qayyim unless there is argument to the contrary. Besides these, Muhammad b. 'Abdalwahnâb proposes four principles for Islamic disciplines to have a grasp of the decretals of Islam. In the article, four principles together with the sources used for hukm in the Wahnâbî thought and the method followed will be mentioned as well as the remarks of Hanbalî Madhhab, Ibn Taymiyyah, Ibn Qayyim, and some Wahnâbî scholars related to the issue as the occasion arises.

Keywords: Hanbalî Madhhab, Ibn Taymiyyah, Ibn Qayyim, Muhammad b. 'Abdalwahnâb, Wahnâbî, Islamic Law (*Fiqh*), Religious Sources, Decretal, and Four Principles.

* Bu çalışma 2013 yılında tamamladığımız "Vehhâbî Hareketinin Ortaya Çıkışı ve Fıkıh Düşüncesinin Oluşumu" başlıklı doktora tezi esas alınarak hazırlanmıştır. This article is extracted from my doctorate dissertation entitled "Emergence of Wahnâbî Movement and Formation of Fiqh Thought", (Ph.D. Dissertation, Marmara University, Istanbul/Turkey, 2013).

** Artvin Çoruh Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı, kerimecesur@artvin.edu.tr

GİRİŞ

Vehhâbilik hakkındaki yaygın kanaat, onun 18. yüzyılın ortalarında Arap yarımadasında Necid'in Dir'iyye bölgesinde tevhitte uzaklaştığını ve bid'atların yaygınlaştığını gören Muhammed b. Abdülvehhâb'ın büyük ölçüde İbn Teymiyye ile İbnü'l-Kayyim'in etkisi altında şekillenen fikirleriyle başlattığı akaid yönü ağırlıklı dinî bir reform hareketi olarak ortaya çıktığı şeklindedir.¹ Esas itibarıyla bu yanlış bir yaklaşım değildir. Zira Vehhâbi hareketi, ilk adımını akîde nokta-i nazardan atmıştır. Böyle olmakla birlikte İbn Abdülvehhâb dinî ilimlerin hemen her sahasına ilişkin az veya çok fikir beyan etmiştir. Fıkıh sahası da bunlardan biridir.

Fikhî yönelimleri sebebiyle Vehhâbîlere yöneltilen eleştirilerin başlıcası yeni bir mezhep oldukları yönündeki iddialardır. Gerek vehhâbiliğin kurucusu Muhammed b. Abdülvehhâb gerekse hareketin müntesipleri kendilerini yeni bir mezhep tanımlamasından titizlikle uzak tutmaya çalışmışlar ve sıklıkla Hanbelîlik vurgusu yapmışlardır. Bu vurgu Muhammed b. Abdülvehhâb'ın soyundan olan Sâlih b. Muhammed b. Abdurrahman tarafından kaleme alınan *el-Menhecû'l-fikhî* isimli eserde şu şekilde açıklanmıştır:

“Sahâbi, tâbiîn, dört mezhep imamı ve Ehl-i sünnet ulemâsının usulü davet imamlarının da usulüdür. Davet imamları Kur'an ve sahih sünnete öncelik vermiş, sonrasında icmâ, sahâbi kavli ve sahih kıyasa dayanan hüküm elde etme yönteminde ihtilâf değil fikir birliği etmişlerdir. Onlar fûrû meselelerinde Ahmed b. Hanbel'in de metodu olan bu beş yönetime dayanarak hükme varırlar.”²

Ancak diğer yandan düşüncelerini İbn Teymiyye ve İbnü'l-Kayyim gibi, mezhep müntesipliğini ve bir mezhep metodolojisini uygulamayı zaruri görmeyen, hükümlerin kabulünü kimden gelirse gelsin “delil”e endeksleyen bir sistemle açıklayan bu iki âlime dayandırmakla Hanbelî mezhebinden farklı bir profil çizmişlerdir.

1. VEHHÂBÎ DÜŞÜNCESİNDE HÜKÜM KAYNAKLARI

Vehhâbî araştırmacılar “davet” olarak nitelendirdikleri hareketin fikhî alt yapısını oluştururken Hanbelî fıkıh müktesebatı, İbn Teymiyye ve İbnü'l-Kayyim'in görüşleri, Muhammed b. Abdülvehhâb'ın mirası ve onun mirasını devam ettiren ulemâdan faydalanmışlardır. Muhammed b. Abdülvehhâb'ın oğulları ve torun-

1 Michael Cook, “Muhammed b. Abdulvehhab”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yay., 2005), XXX, 491-492.

2 Sâlih b. Muhammed b. Abdurrahman, *el-Menhecû'l-fikhî li eimmetid-da'veti's-Selefiyyeti fi Necd* (Riyad: Dâru's-sumey'i, 2000), s. 251.

larının Vehhâbî fikriyatının oluşmasında önemli yere sahip olmalarına rağmen ne onların ne Muhammed b. Abdülvehhâb'ın ne de ilk dönem diğer Vehhâbî ulemâsının, sistemli bir usûl eseri bulunmaktadır. Fıkıh usulüyle ilgili konular bazen bir soruya verilen cevap içerisinde bazen bir fetva, bazen de risâle ve mektupların içinde ve hemen hepsi ictihad-ihtilâf ve taklid düzleminde ele alınmıştır. Bu sebepten makalede kavramların klasik tanımlamaları yerine risale, mektup, fetva veya sorulara verilen cevaplarda bulabildiğimiz, kavramları karşılayan ifadelerle ele alınmaya çalışılacaktır.

Son dönemlerde neşredilen ve sistemli bilgiler içeren eserler geçmişin mirasından faydalanılarak oluşturulmuştur. Modern dönem Vehhâbî ulemâsından Muhammed b. Sâlih el-Useymin (ö. 1421/2001) muhtasar bir fıkıh usulü eseri kaleme almıştır. İlme giriş olarak kaleme alındığı söylenen *el-Usûl min ilmi'l-usûl³*, *Fıkıh Usûlüne Giriş⁴* ismiyle dilimize tercüme edilmiş; yine el-Useymin tarafından *Şerhu'l-usûl min ilmi'l-usûl⁵* adıyla şerh edilmiştir. Fıkıh usulünün tanımıyla başlayan; sistemli eserlerin içerdiği konuların çoğunluğunu icmâlî de olsa içeren; konulara yaklaşım ve onları ele alış biçimi klasik Vehhâbî anlayışı tarzında olan eserde basit bir dil kullanılmış; Kur'an ve hadislerden deliller getirilmiş; İbn Teymiyye ve İbnü'l-Kayyim'den alıntılar yapılmış; dağınık halde bulunan konular sistematize edilmiştir. Eser Vehhâbî ulemâ silsilesi içinden birine ait olması açısından önemlidir.

1.1. Hüküm Kaynakları ve Kullanım Usûlü

Muhammed b. Abdülvehhâb ve diğer Vehhâbî ulemâsı hükmün kaynağı olarak kullanılan deliller sıralaması konusunda farklı yaklaşımlar sergilemişlerdir. Meselâ Muhammed b. Abdülvehhâb ihtilâf durumunda dört mezhebin görüşlerini, Kitap, sünnet, icmâ ve cumhurun kavline aykırı olmadığı durumda kabul edeceğini söylemiştir.⁶ Muhammed b. Abdülvehhâb'ın oğulları Abdullah ve Hüseyin (ö. 1224/1809), "Akîdemiz Selef'in akîdesidir" demekte, bunu Kur'an ve sünnetten delilin delâlet ettiğine ittibâ, mezhep görüşlerini bu iki asla arz, muvafık olanları

3 (Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1987).

4 Muhammed b. Sâlih el-Useymin, *el-Uşûl min 'ilmi'l-usûl*, trc. M. Beşir Eryarsoy (İstanbul: Guraba Yay., ty.),

5 (Beyrut: el-Kitabü'l-Alemi, 2006/1427).

6 *ed-Dürerü's-seniyye fi'l-ecvibeti'n-Necdiyye*, der. Abdurrahman b. Muhammed b. Kâsım el-Âsımî el-Kahtânî en-Necdî, (Baskı yeri ve yayınevi yok, 1994-1999), I, 245. *ed-Dürerü's-seniyye fi'l-ecvibeti'n-Necdiyye* Muhammed b. Abdülvehhâb ile Vehhâbiliğin teori ve pratiğini sistemleştiren oğulları, torunları ve talebelerinin görüşlerinin derlendiği eserdir. Eser 16 cilttir. Makalede *ed-Dürerü's-seniyye* şeklinde kullanılacaktır. Erişim 11.03.2017, http://ia801904.us.archive.org/31/items/WAQ41814/04_41817.pdf

kabul, muhalif olanları reddetmek şeklinde açıklamaktadır.⁷ Abdullah b. Muhammed b. Abdülvehhâb ihtilâf durumunda Kitap ve sünnete sonra sahâbî kavline sonra da sahâbeye iyilikle tâbi olan tâbiûn görüşlerine müracaat etmek gerektiğini ifade etmiştir.⁸ Muhammed b. İbrâhim (ö. 1389/1969) usulün dört delilini Kitap, sünnet, icmâ ve kıyas olarak sayar.⁹ Abdurrahman b. Hasan b. Muhammed b. Abdülvehhâb'a (ö. 1285/1868) göre Kitap, sünnet, icmâ, kıyas ve istishaptan biri kullanılarak verilen fetvada, kaynağından emin olduktan sonra başka söz kabul edilmez.¹⁰ Muhammed b. Abdülvehhâb'ın torunlarından Abdüllatif b. Abdurrahman (ö. 1293/1876), fıkıh ve usul kitaplarında, nizâ durumunda Kitap, sünnet, icmâ ve kıyas dışında bir hüccet olmadığını kaydedildiğini aktarır.¹¹ Burada kıyas mutlak olarak ziredilmişse de başka yerlerde kıyas-ı celî olarak ifade edilmesiyle kıyasın her türlüşününün kabul edilmediği anlaşılmaktadır.¹² Deliller konusundaki bu farklılığı birbiriyle uzlaştıracak ifadeleri Abdurrahman b. Hasan'ın ifadelerinde bulmaktayız. Ona göre şer'î delillerden Kitap, sünnet, icmâ hakkında ittifak edilmiş; diğer delillerde ise birçok görüş ve yaklaşım oluşmuştur.¹³

1.1.1. Kitap ve Sünnet

Vehhâbî düşünceye göre Kur'an ve sünnet tartışılmaz esaslar içerir ve meselelerin çözümünde yegâne kaynaktır. Naslar cevâmiu'l-kelimdir; bu sebeple tek kelime kapsayıcı bir kaide olabilir ve birçok meseleyi açıklayabilir.¹⁴ Muhammed b. Abdülvehhâb'a göre din cevâmiu'l-kelim olan "Bugün dininizi tamamladım."¹⁵ âyetiyle tamamlanmıştır ve kâmil olanın da hiçbir ziyadeye ihtiyacı yoktur. Muhammed b. Abdülvehhâb'ın dinin tamamlanmış olması hükmüne bağlantılı olarak zikrettiği ve Vehhâbîler'in temel söylemlerinin kaynağı olan "Size sünnetimi

7 ed-Düerü's-seniyye, IV, 12.

8 ed-Düerü's-seniyye, IV, 16.

9 İbn Abdurrahmân, *el-Menhecü'l-fıkhî*, s. 268.

10 ed-Düerü's-seniyye, IV, 231.

11 ed-Düerü's-seniyye, IV, 90.

12 ed-Düerü's-seniyye, IV, 92, 93, 98.

13 ed-Düerü's-seniyye, IV, 182.

14 İbn Abdilvehhâb, "Fetâva ve Mesâil", *Müellefâtü's-şeyhi'l-İmâm Muhammed b. Abdilvehhâb* içinde (Riyad, 1978), IV, 31. Vehhâbîliğin kurucusu Muhammed b. Abdülvehhâb'ın eserleri Muhammed b. Suûd Üniversitesi'nin oluşturduğu bir heyet tarafından *Müellefâtü's-şeyhi'l-İmâm Muhammed b. Abdilvehhâb* ismiyle 12 cilt halinde bir araya getirilmiştir. Heyet üyeleri kendilerine tevdi edilen kısımlarla ilgili farklı nüshaları karşılaştırmış, eserlerde kullanılan âyet numaralarını göstermiş ve hadislerin tahririni yapmış, eserleri akaid, fıkıh, siyer gibi konulara göre tasnif etmişlerdir. Makalede *Müellefât* kısaltmasıyla atıfta bulunulacaktır. Erişim 26.07.17, <https://archive.org/details/0250042>.

15 el-Mâide 5/3

ve hidayet üzere olan Hulefâ-yi Râşidîn'in sünnetini hatırlatırım, bunlara uyun ve dört elle sarılın! Zira her yeni çıkarılan şey bir bidattır, her bidat da dalâlettir.”¹⁶ hadisi ve ihtilâf durumunda “Herhangi bir hususta anlaşmazlığa düştüğünüz takdirde, onu Allah ve Resulü'ne arz ediniz!”¹⁷ âyetinin hükmüne göre hareket edilmesi gerektiği şeklindeki yaklaşımları beraber düşünüldüğünde hüküm çıkarmada Kur'an ve sünnet dışında bir hüküm kaynağı kabul etmedikleri izlenimi vermektedir.¹⁸ Bununla birlikte bazı şartlar çerçevesinde diğer hüküm kaynakları da kullanılmıştır. Sürekli olarak Kitap ve sünnetin vurgulanması taklide karşı ta-kındıkları tavır sebebiyledir. Bu vurgu “mezhep görüşüne muhalif delil bulunduğunda”, delillerin veya ulemâ görüşlerinin tenakuzu durumunda” gibi kayıtlarla yapılmaktadır.¹⁹ Mesela Muhammed b. Abdülvehhâb'ın torunu Abdülatîf b. Abdurrahman, “Fıkıh ve usul kitaplarında nizâ durumunda Kitap, sünnet, icmâ ve kıyas dışında başvurulacak bir yer yoktur” demektedir.²⁰

Muhammed b. Abdülvehhâb sünnete tâbi olmanın vücûbiyeti konusunda “Resul'e itikad konularında, sözlerinde ve fiillerinde tâbi olmak ümmet üzerine vâciptir. Sözler ve fiiller onun söz ve fiillerine göre değerlendirilir, muvafık olanlar alınır, muhalif olanlar kimden gelirse gelsin reddedilir. Hz. Muhammed'in Allah'ın Resulü olduğuna şehâdet etmek onun getirdiklerini tasdiki, emrettiği her şeye itaati ve tâbi olmayı gerektirir”²¹ demektedir. Muhammed b. Abdülvehhâb bir hadisin bir meselede kullanılabilmesi için bazı aşamalardan geçmesi gerektiğini söyler. Ona göre öncelikle hadisin delâlet ettiği mesele ile ilgili ilim ehlinin ne söylediğine ve hadisin onlar tarafından kullanılıp kullanılmadığına bakılır. Mensuh olup olmadığı, ondan daha sahih bir hadisin bulunup bulunmadığı kontrol edilir. Bunlardan sonra hadisin muhkem ve sahih olduğu ortaya çıkarsa bağlı olduğu mezhebine aykırı olsa bile onunla amel etmek gerekir. Ancak bu yöntem hadis ve ulemâ görüşleri konusunda bilgi sahibi olanlar için geçerlidir. Bahsi geçen şekilde bilgi sahibi olmayanın vazifesi ilim ehlini taklid etmektir.²²

Muhammed b. Abdülvehhâb'a göre Kitap ve sünnetten delilin bulunduğu yerde başka hiçbir delile müracaat edilmez. Kur'an âyetleri birbiriyle çatışmadığı gibi zıt hükümler ihtiva eden iki sahih hadis olması da mümkün değildir. Ona

16 Tirmizî, “İlim”, 16; Ebû Dâvûd, “Sünne”, 6.

17 en-Nisâ 4/59.

18 İbn Abdilvehhâb, “Fetâva ve Mesâil”, *Müellefât* içinde, 4: 31-32; *ed-Dürerü's-seniyye*, IV, 7.

19 *ed-Dürerü's-seniyye*, V, 286, 297, 305.

20 *ed-Dürerü's-seniyye*, IV, 90.

21 İbn Abdurrahman, *el-Menhecü'l-fikhî*, s. 253.

22 *ed-Dürerü's-seniyye*, IV, 14.

göre dikkatle incelendiğinde çatıştığı düşünülen bazı nasların, aslında birbirlerini açıkladıkları veya başka durumlarla ilgili oldukları görülecektir.²³

Muhammed b. Abdülvehhâb, rivayet ettiği nassa muhalif davranması sebebiyle Ahmed b. Hanbel'in görüşünün kabul edilip edilmeme meselesini usulî bir konu olarak kabul eder. Çünkü ona göre bir sahâbî de rivayet ettiği hadise muhalif fetva verdiği hadisin geçerliliği ortadan kalkmaz, hüccet olan rey değil rivayettir.²⁴ Ahmed b. Hanbel ve arkadaşları arasında ihtilâf olduğunda hiçbirinin görüşünün tercih edilmeyeceğini söyleyen Muhammed b. Abdülvehhâb'a göre sahih deliller tenâkuz etmez. Tenâkuz ancak taraflardan birinin rivayetinin hatalı veya zayıf olması ya da hadisi yanlış anlaması sebebiyle olabilir. Bundan dolayı iki görüşten birinin tercih etmek yerine en doğru yöntemin ihtilâflı meselenin Kitap ve sünnete arz edilmesidir. Şayet bunlarda hüküm bulunamazsa ilmi ve dini güçlü olanın sözü alınır.²⁵

Vehhâbî ulemâsından Hammâd b. Nâsır (ö. 1224/"İctihad ve Taklid Risâlesi"nde İbn Teymiyye'nin *Ref'u'l-melâm 'an eimmeti'l-a'lâm*²⁶ adlı eserinden hadisleri terketme mazeretlerini alıntılamaştır. İbn Teymiyye'ye göre sahih bir hadise dayanarak delili açık seçik olan ve bazı ilim ehli tarafından da kabul edilen bir görüş, elinde bu delili reddedecek bir şey bulunan ancak diğerlerine göre açık olmayan daha âlim birinin görüşü sebebiyle terkedilmez. Bir takım mazeretler sebebiyle daha âlim bir müctehidin de hata edebileceğini, sahâbe arasında muhalif bir hadis delil gösterilerek Hz. Ömer gibi daha üstün sahâbînin fetvasının kabul edilmediği durumlar aktarılmıştır. İbn Nâsır bu örneklere dayanarak doğruyu araştırmaya çalışan birine, "Sen mi daha bilgilisin filan imam mı?" gibi bir sorunun sorulmasının fâsit olduğunu, sahâbe arasında da ihtilâf vuku bulduğunu ve görüşler arasında delilin sıhhatına göre amel edildiğini ifade eder. İbn Nâsır bu konuda yine İbn Teymiyye'den durumu açıklayıcı bir hâdis aktarmaktadır: Hâdiseye göre İbn Abbas, kendisine müt'a hakkında soru soran birine, hadisle cevap vermesi üzerine adam, "Ebû Bekir ve Ömer şöyle diyorlar" deyince İbn Abbas, "Üzerinize gökten taş yağmasından korkarım; ben Allah'ın Resulü buyurdu diyorum, siz ise Ebû Bekir ve Ömer'in sözlerinden bahsediyorsunuz."²⁷ demiştir.

23 *ed-Dürerü's-seniyye*, IV, 79.

24 İbn Abdilvehhâb, "Fetâva ve Mesâil", *Müellefât* içinde IV, 35, 76; İbn Abdirrahman, *el-Menhecü'l-fikhî*, s. 256.

25 *ed-Dürerü's-seniyye*, IV, 8.

26 Eser *İctihad Risâlesi* adıyla Türkçe'ye çevrilmiştir (İstanbul: Tevhid Yay., 1996).

27 Hammad b. Nâsır, "Risâletü'l-ictihâd ve't-taklîd", *Mecmû'atü'r-resâil ve'l-mesâil'in-Necdiyye* içinde (Mısır: Matba'atü'l-Menâr, 1344), II-III, 2-30, erişim 11.03.2017, <http://ia801207.us.archive.org/23/items/WAQ12657/mrmn2-3.pdf>. Vehhâbî ulemanın görüşlerinin yer aldığı eser bir heyet tarafından derlenmiştir.

Hükümlerin bilinmesinde temel kaynaklar olan Kitap ve sünnetin kullanımı ise oldukça sadedir. Vehhâbîler'e göre metinden anlaşılan ilk anlama uyulmalı, delil olmadan uzak ihtimallerin peşinden gidilmemelidir. Zira Kur'an Arap dilinde nâzil olmuştur ve bir Arap onu okuduğunda mânasını ve maksadını anlayabilir.²⁸ Muhammed b. Abdülvehhâb bu konuda şöyle demektedir: "Birbirinize düşman olarak hepiniz oradan inin! Eğer tarafımdan size bir yol gösterici (kitap) gelir de, kim benim yol göstericime uyararsa artık o, ne (dünyada) sapar ne de (âhirette) sıkıntı çeker"²⁹ âyetinde Allah Teâlâ "yol gösterici" anlamındaki hüda ile Kur'an'ı kastetmiştir, mâna açıktır ve bunu başka bir mânaya yormak bâtıldır. Ona göre nasların tevili ancak iki şartla kabul edilebilir: Lafız, hükmedilen mânaya muhtemel olmalıdır ve nassın o mânaya geldiğine dair şer'î delillerden bir delil daha bulunmalıdır.³⁰

Muhammed b. Abdülvehhâb, müt'a nikâhında ve toplumsal şartların değişmesinde olduğu gibi birtakım özel olaylarda neshin vuku bulduğunu kabul eder.³¹ *Muhammad Ibn Abd Al-Wahhab: An Intellectual Biography* isimli bir araştırmada Natana J. DeLong Bas, onun nesih anlayışının klasik nesh anlayışından farklı olarak tamamen ortadan kaldırma anlamına gelmeyen, bağlamı açıklayıcı bir tarzda olduğunu ileri sürer.³² el-Useymin'e göre nesih aklen câiz şer'an da vâkidir. Cumhurun, nâsihin mensuhundan daha kuvvetli olması gerektiğini, mütevâtir haberlerin haber-i vâhid ile neshedilemeyeceğini savunduğunu aktaran el-Useymin, nâsihin kuvvetli olmasının şart koşulmamasını tercih etmesi dikkat çekicidir. O, bu görüşünü "neshin konusu hükümdür, hükmün sabit olması için de tevâtür şart değildir" diyerek savunmuştur.³³

1.1.2. İcmâ

Muhammed b. Abdülvehhâb'ın taklid meselesiyle ilgili bir soruya verdiği "ulemânın icmâ ettiğine ittibâ etmenin vâcip olduğu konusunda sizinle benim aramda bir ihtilâf yoktur"³⁴ şeklindeki cevapta icmâ konusundaki fikrini görmek mümkündür. Ancak ona göre 'ulemânın ittifakı hüccettir' sözünden maksat dört

28 İbn Abdîrrahman, *el-Menhecû'l-fıkhi*, s. 255.

29 Tâhâ 20/123.

30 İbn Abdilvehhâb, *Müellefât*, IV, 35, 76; İbn Abdîrrahman, *el-Menhecû'l-fıkhi*, s. 256.

31 İbn Abdilvehhâb, "Risâletü fi'r-red 'alâ er-Râfıza", *Müellefât* içinde, XII, 36.

32 Natana J. DeLong Bas, *Muhammad Ibn Abd Al-Wahhab: An Intellectual Biography*, Ph.D. (Georgetown University, 2003), s. 103-105.

33 el-Useymin, *el-Uşûl min ilmi'l-uşûl*, s. 41-45.

34 *ed-Dürerü's-seniyye*, I, 45.

imamın ittifakı değil, ümmetin bütün âlimlerinin ittifakıdır.³⁵ Hakkında sarîh nas ve icmâın bulunmadığı ihtilâflı meselelerdeki tutumunu ise aynı cevabın devamında bulabilmekteyiz ki şöyle demektedir: “Ehl-i ilmin yaptığı gibi Kur’an ve sünnete arz etmek suretiyle, doğru kimden gelirse gelsin almam mı yoksa bazılarını delilsiz de olsa kabul etmem ve doğrunun o kavilde olduğunu iddia etmem mi gerekir? ... Ben birincilerdenim.”³⁶

Muhammed b. Abdülvehhâb icmâı, âyetlerin açıklanması ve daha çok kendini yenilik veya dalâletle tanımlayanlara karşı yaklaşımını desteklemek için kullanmıştır. Meselâ ona göre yahudi ve hıristiyanlar hakkında inen âyetler hakkında sahâbe ve ulemânın, o âyetlerle amel ettiğini bildiği halde ‘bunlar yahudi ve hıristiyanlar içindir’ demek icmâın hükmünden çıkmak demektir.³⁷ Muhammed b. Abdülvehhâb akaid meselelerinde de, “Allah’ın sıfatlarına iman etmenin vâcip olduğu konusunda icmâ ...”, “ilim ehlinin icmâına muhalefet ...”, “Selef’in icmâı ...” gibi ifadelerle sıklıkla icmâı delil olarak kullanır.³⁸

Bunların dışında icmâın kullanımıyla ilgili olarak *Dürer*’den de örnekler vermek mümkündür: Vehhâbî ulemâsına sorulan bazı sorular, “Allah’ın kıyamet günü görülmesi meselesi bizce sabittir. Ehl-i sünnet onun üzerinde icmâ etmiştir. Deliller Kitap, sünnet ve icmâdır.”³⁹ “Cumanın vâcip olduğu Kitap, sünnet ve icmâ ile sabittir”⁴⁰ şeklinde icmâ delil gösterilerek cevaplanmıştır.

Yakın dönem Vehhâbî ulemasından Muhammed b. Salih el-Useymin yukarıda bahsettiğimiz usule dair eserinde icmâı Kur’an ve sünnetten sonra üçüncü asıl olarak kabul eder. Bir mesele hakkında hükme varılmak istendiğinde önce Kur’an ve sünnete, orada yoksa selef-i sâlihînin özellikle sahâbî ve tâbiînin icmâına sonra da ulemânın icmâına bakmak suretiyle hüküm vermek gerektiğini söyler.⁴¹ İcmâı bütün Müslümanların dalâlet üzerine birleşmeyeceği nassına dayanarak geçerli ve bağlayıcı bir delil olarak kabul etmektedir.⁴² Ancak icmâın kabul edilebilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerektiğini kaydeder. Ümmetin bütün müctehidlerinin ittifak etmesi, iki temel kaynakla teâruz etmemesi, sahih bir yolla sabit olması, bağımsız bağlayıcı bir delil yerine Kur’an ve sünneti açıklayan bir araç olarak

35 İbn Abdilvehhâb, “Fetâva ve Mesâil”, *Müellefât* içinde, IV, 35.

36 Muhammed b. Salih el-Useymin, eş-Şeyh *Muhammed b. Abdülvehhâb: hayâtühû ve fikrühû*, (Dârü’l-ülüm: Riyad, 1992/1412) 148; İbn Abdirrahman, *el-Menhecü’l-fıkhî*, 258; *ed-Dürerü’s-seniyye*, I, 239.

37 İbn Abdilvehhâb, “Fetâva ve Mesâil”, *Müellefât* içinde, IV, 24.

38 *ed-Dürerü’s-seniyye*, IV, 51.

39 *ed-Dürerü’s-seniyye*, III, 20; İbn Abdirrahman, *el-Menhecü’l-fıkhî*, s. 258.

40 *ed-Dürerü’s-seniyye*, IV, 10.

41 el-Useymin, *Muhammed b. Abdilvehhâb hayâtühû ve fikrühû*, s. 149.

42 el-Useymin, *Muhammed b. Abdilvehhâb hayâtühû ve fikrühû*, s. 148.

kullanılması bu şartlardandır. Ayrıca icmâdan önce yer etmiş bir görüş ayrılığı bulunmamalıdır. Ölümle ihtilâflı görüşler ortadan kalkmayacağı için böyle bir durumda icmâ sabit olmaz. İcmâ önceki görüş ayrılıklarını ortadan kaldıramaz, ancak görüş ayrılıklarının ortaya çıkmasını engeller.⁴³

Vehhâbîlerin genel olarak fûrû-i fıkıh alanında özeldede icmâ konusunda İbn Teymiyye'den⁴⁴ çok Muvaffakuddin İbn Kudâme'den⁴⁵ (ö. 620/1223) etkilendiklerini söyleyen yaklaşımlar vardır.⁴⁶ Muhammed b. Abdülvehhâb'ın Muvaffakuddin İbn Kudâme'nin eseri *el-Muḫnî'*nin şerhi *eş-Şerhu'l-Kebîr*'i⁴⁷ ihtisar etmesi bu yaklaşımı kabul edilebilir kılan sebeplerden biri olarak görünmektedir. Bu yaklaşım icmân gerçekleşebileceği nesil ve fûrû-i fıkıhta tercih edilen görüşler üzerinden yapılmaktadır. Vehhâbîler ilk nesil kaydını kesin olarak koymamışlardır. Ancak onlar ileri sürdükleri şartlar sebebiyle ilk nesilden sonra icmân gerçekleşmeyeceği fikrine daha yakın görünmektedirler.

1.1.3. Diğer Kaynaklar

Vehhâbî düşüncesinde Kur'an sünnet ve icmâ dışındaki kaynaklar hakkında bir görüş birliğinden söz etmek mümkün değildir. Sahâbî kavli, kıyas, sedd-i zerîa, maslahat gibi deliller farklı değerlerde kabul edilmiş ve kullanılmışlardır.

43 el- Useymin, *el-Uşûl min ilmi'l-uşûl*, s. 52; Bas, *Muhammad Ibn Abd Al-Wahhab: An Intellectual Biography*, s. 155.

44 İbn Teymiyye de Ahmed b. Hanbel'in görüşünü kısmen devam ettirmiş, icmâi istinbat yollarından ve delillerinden biri kabul etmiştir. Ona göre icmâ kabul edilmiş bir şer'î delildir. O halde, vukuu mümkün olup, imkânsız değildir. İbn Teymiyye, icmân ancak bir nassa dayanması halinde var olabileceği düşüncesindedir. Sırf icmâ ile sabit olduğu iddia edilen birçok meselenin, gerçekte sünnetle sabit olduğunu, bundan sonra icmâ yapıldığını zikretmektedir. İbn Teymiyye'ye göre icmâ, herhangi bir asırda yaşayan bütün ulemânın icmâdır. Ulemânın bir kısmının icmâi yeterli değildir. Ümmetten bazısının görüşleri de bağlayıcı bir delil olmadığı gibi müslümanların ittifakıyla icmâ da değildir. Bilakis insanları kendilerini taklitten menettikleri, Kitap ve sünnette kendi görüşlerinden daha kuvvetlisini gördüklerinde bunu alarak kendi görüşlerini bırakmalarını emrettikleri bizzat kendilerinden sabittir. İleri sürdüğü şartlar çerçevesinde bir icmân varlığının çok zor olması sebebiyle İbn Teymiyye, icmân ancak sahâbe zamanında yapıldığının bilinebileceğini ve icmâ edilen meselelerin çok az olduğunu kabul etmiştir. Onlardan sonra icmâa ait her iddia bir muhalifin varlığı ihtimali dolayısıyla bozulmuştur. Fiilî olarak vuku bulan icmâ, çeşitli bölgelere gitmelerinden, kendileriyle birlikte Hz. Peygamber'in ilminin ve önceki sahâbiye ait icthadların dağılmasından önceki sahâbî icmâdır. Muhammed Ebû Zehre, *İmam İbn Teymiyye*, trc. Nusrettin Bolelli, Vecdi Akyüz, Adil Bebek, Mehmet Erdoğan, Veli Kayhan (İstanbul: İslamoğlu Yay., 1988), s. 434-444.

45 Muvaffakuddin İbn Kudâme'ye göre icmâ şer'î bir delildir ve ümmetin namazın farziyeti ve sair erkân üzerindeki ittifakları olduğu gibi vuku bulmuştur. İcmâ çoğunluğun ittifakı ile olmaz. Hulefâ-yi Râşidin'in, Medine ehlinin ittifakı bu sebepten icmâ değildir. İcmâda asrın inkırâzı şart olmadığı gibi herhangi bir asırda meydana gelecek ittifak da icmâ sayılır. Yani icmâ sahâbî dönemine has değildir. Dolayısıyla tâbiin bir mesele üzerine ittifak etmişse icmâdır ve hüccet ifade eder. İbn Kudâme, *Ravzatü'n-nażır*, I, 375, erişim 12.08.2017, <http://shamela.ws/browse.php/book-12010/page-409>.

46 M.J. Crawford, *Wahhâbî Ulama and the Law 1745-1932*, (M.Ph., University of Oxford, 1980), s. 79.

47 Eser Muvaffakuddin İbn Kudâme'nin yeğeni Ebû'l-Ferec İbn Kudâme el-Makdisî tarafından şerh edilmiştir.

Muhammed b. Abdülvehhâb, İbnü'l-Kayyim'den ihtisar ettiği *Mebhasü'l-ictihâd ve'l-hilâf* adlı risâlede, sahâbî kavlinin hücciyeti meselesini detaylı olarak ele almıştır. Risâlede kırk altı vecihte sahâbî hakkındaki âyet ve hadislerin hangi mânaya geldiği bu nasların sahâbe sözlerini hüccet kılıp kılmadığı, sahâbe arasında ihtilâf vuku bulduğunda hangi sahâbînin sözünün alınacağı, kimin kime tercih edileceği gibi konular ulemâ ve mezhep görüşleri zikredilerek tartışılmıştır. Konular “Sahâbiye İttibâın Vâcip Olduğuna Delâlet Eden Deliller” başlığı altında ele alınmıştır.⁴⁸ Bu başlık onun sahâbî kavli ile ilgili düşüncesini yansıtmaya açısından da kayda değerdir. Birinci vecihte sahâbî kavlinin istidlâl ve ictihad çerçevesinde değerlendirilmesi sebebiyle bu vecih üzerinde üzerinde kısaca duracağız.

Birinci vecih İmam Mâlik'in sahâbî kavlinin hücciyeti konusunda delil olarak gösterdiği, “delâleti, tâbi olanların Allah tarafından övülmesi” olan “İslâm'ı ilk önce kabul eden muhacirler ve ensar ile iyilikle onlara uyanlar var ya!”⁴⁹ âyeti çerçevesinde ele alınmıştır. İbnü'l-Kayyim'e göre avamın aksine bazı müftülerin taklidi gibi mahza taklid edenler, âyetin devamında zikredilen cennet mükâfatını hak kazananlara dâhil olamazlar. Risâlede önce âyette geçen “iyilikle onlara uyanlar”ın kapsamı konusundaki muhtemel mânalar zikredilmiş, sonra bunlara cevap verilmiştir.⁵⁰ Âyette geçen “iyilikle onlara uyanlar” (باحسان) ifadesini mutlak mânada tâbi olmanın kastedilmesi durumunda farklılığın anlaşılması mümkün olmayacağı için “delil”in varlığına bağlayanlar olduğu söylenmiştir. İfadeye yüklenen diğer mânalar, ‘usûlû'd-dinde, haramlardan kaçınıp ferâizi yerine getirmek ve icmâ ettikleri şeyler konusunda onlara tâbi olmak gerektiği, âyetin vücûb değil cevaz ifade ettiği şeklindedir. İbnü'l-Kayyim'e göre ittibâ, ictihada bağlı değildir. Çünkü mutlak ittibâ anlatan âyetler⁵¹ de vardır ve şayet ittibâ istidlâl şartına bağlanmış olsaydı “sâbikûn” ile diğer insanlar arasında fark kalmazdı, çünkü ittibâ delilin gereğidir, kim getirirse getirsin ona tâbi olmak gerekir. İbnü'l-Kayyim'e göre sahâbenin icmâ ettiğine de, başka bir sahâbînin muhalefet etmediği münferit kavline de ittibâ gereklidir. İctihâdî meselelerdeki sahâbî kavlinin durumu da böyledir.⁵²

Vehhâbî ulemâsına göre sahâbe icmâi kati delildir. Onunla ve ilim ehlinin icmâi ile amel etmek gerekir. Sahâbe icmânının hüccet olduğuna delil olarak, “Kim, kendisine hidayet besbelli olduktan sonra peygambere karşı çıkar, müminlerin yolundan başkasına uyarsa, onu yöneldiği yolda bırakırız ve cehenneme sokarız.

48 İbn Abdilvehhâb, “Mebhasü'l-ictihâd ve'l-hilâf”, *Müellefât* içinde, III, 3-11.

49 et-Tevbe 9/100.

50 Devamı için bkz. İbn Abdilvehhâb, “Mebhasü'l-ictihâd ve'l-hilâf”, *Müellefât* içinde, III, 7-11.

51 Âl-i İmrân 3/31; el-A'râf 7/158; en-Nisâ 4/115.

52 İbn Abdilvehhâb, “Mebhasü'l-ictihâd ve'l-hilâf”, *Müellefât* içinde, III, 3-11.

Orası ne kötü bir varış yeridir”⁵³ “İslâm'ı ilk önce kabul eden muhacirler ve ensar ile iyilikle onlara uyanlar var ya!”⁵⁴, “Bizi doğru yola, kendilerine nimet verdiklerinin yoluna ile; gazaba uğrayanlarınkine ve sapıklarınkine değil”⁵⁵ âyetleri gösterilmiştir. Sahâbînin muhalifi olmayan münferit sözlerini de Ahmed b. Hanbel'in ve bazı ulemânın kabul ettiği, birbirine eşit seviyedeki iki sahâbînin ihtilâf durumunda ise bir sahâbî sözünün diğeri için hüccet olmayacağı aktarılır.⁵⁶ Abdullah b. Muhammed b. Abdülvehhâb da ihtilâf durumunda Kitap ve sünnete, sonra sahâbî kavline, sonra da sahâbîye iyilikle tâbi olan tâbiûn görüşlerine müracaat etmek gerektiğini ifade eder.⁵⁷

Muhammed b. Abdülvehhâb ve sonraki ulemâ gerek kaynak gerekse yöntemle ilgili istidlâl konularını daha önce belirttiğimiz üzere ictihad, ihtilâf ve taklid düzleminde ele almışlardır. Sahâbî kavli de bunlardan biridir. Bunu Muhammed b. Abdülvehhâb'ın oğulları Abdullah ve Hüseyin'in şu sözleriyle örneklendirebiliriz:

“Bir kişinin bir meselede muhalefet ettiği mezhep ulemâsının görüşlerine karşı, bir delili yoksa onların (mezheplerin) görüşleriyle amel etmesinin caiz olmasını isteriz. Çünkü onlar delilleri, bizzat sahâbî kavlimden ve onlardan hemen sonra gelenlerden almışlardır. Bu sebeple onların görüşlerini kendi görüşlerimizden üstün tutarız. Fakat bir mesele hakkında muarızı olmayan bir delil ortaya çıkıncaya kadar, onun Allah ve Resulü'nün şer'î gibi olduğuna kesin karar kılmak gerekmez. Bu, eski veya yeni olarak, ümmetin selefinin ve imamlarının tutumudur. Bizim kabul etmediğimiz şey, mezhep taassubu ve delile ittibân terkidir.”⁵⁸

Yine Muhammed b. Abdülvehhâb'ın torunlarından olan Abdurrahman b. Hasan da Kur'an'ın anlamı konusunda sahâbî kavlinin hüccet olmadığını söyleyenlere karşı, “Onlar Kur'an'ın bilgisini Nebî'den almalarına, nüzûlüne şahit olmalarına, nüzûl sebeplerini bilmelerine, ümmetin en bilginleri ve en âlimleri olmalarına rağmen sözleri nasıl hüccet olmaz” demektedir.⁵⁹

Muhammed b. Abdülvehhâb'ın kıyası tanımlayan bir ifadesi mevcut değildir. Bununla birlikte kıyasın, mirasta dedenin baba sayılıp sayılmadığı meselesinde olduğu gibi nadir de olsa hukukî bir metot olduğunu kabul etmiş görünmektedir. İbn Abdülvehhâb bu hususta sadece rey'in dikkate alınmasını ve kıyastan başka

53 en-Nisâ 4/115.

54 et-Tevbe 9/100.

55 el-Fâtiha 1/7.

56 *ed-Dürerü's-seniyye*, IV, 81, 107-108.

57 *ed-Dürerü's-seniyye*, IV, 16.

58 *ed-Dürerü's-seniyye*, IV, 13-14.

59 *ed-Dürerü's-seniyye*, VIII, 168.

bir delil kullanılmamasını eleştirmiş; meseleyi kıyasla beraber başka yönleriyle de değerlendirmiştir. Altı maddede ele aldığı meselenin ilgili ilk üç maddesinde; İbn Abbas'ın Allah'ın umumîlik ifade eden "Ey Adem'in oğulları"⁶⁰ hitabıyla olan istidlalini ve yine İbn Abbas'ın, torunun oğul sayılmasına kıyas ederek dedenin de baba sayılacağı hakkındaki görüşü ile Hz. Ebubekir'in (a.s.) bu minvaldeki görüşünü zikretmiştir. Muhammed b. Abdülvehhâb altı maddenin sonunda "Bu vâris kılma durumu ve yapılış şekli, şayet Allah katından olsaydı; Hz. Peygamber'in (s.a.v.) onu ihmal etmesi düşünülemez. Zira bu husus çok zor ve ihtilâflı bir meseledir." demekte ve açık bir nas olmadığı halde dedenin baba sayılması hükmünden hoşnut olmadığını göstermektedir.⁶¹

Muhammed b. İbrâhim ise usulün dört delilini Kitap, sünnet, icmâ ve kıyas olarak saymıştır. Abdurrahman b. Hasan b. Muhammed b. Abdülvehhâb'a göre kıyas sahih olursa beş asıldan biridir. Kitap, sünnet, icmâ, kıyas ve istishaptan biri kullanılarak verilen fetvada, kaynağından emin olduktan sonra başka söz kabul edilmez. Abdurrahman b. Hasan bu beş asıldan başka delil kabul etmemiştir. İtibar edilen kıyas "sahih kıyas" olarak nitelenmektedir. Buna göre sahih kıyasın kaynağı şer'î delildir.⁶² el-Useymin de kıyasın şer'î bir delil kabul edildiğine dair Kitap, sünnet ve ashâb-ı kirâmın sözlerinin delil teşkil ettiğini söyler ve çeşitli örnekler verir. Kıyas kendinden güçlü bir delille çatışmamalıdır. Nas, icmâ veya sahabî kavli ile çatışan kıyas kabul edilmemektedir.⁶³

Şekil bakımından meşru görülen tasarrufların, meşru olmayan sonuçlara götürmesi muhtemel olduğunda mubah fiillerin yasaklanması mânasına gelen sedd-i zerâi prensibine en büyük değeri Mâlikîler'den sonra Hanbelîler vermiştir.⁶⁴ Hanbelî âlimlerinin hemen hepsi Kitap, sünnet, icmâ delilleri üzerinde ittifak; istishab, şer'u men kablenâ, sahâbî kavli, kıyas, istihsan, istislah ve sedd-i zerâi'nin delil oluşunda ise ihtilâf etmişlerdir.⁶⁵ Vehhâbî ulemanın delillerin kabulü konusundaki yöneliminin de bu şekilde ağırlık kazandığı söylenebilir.

Muhammed b. Abdülvehhâb vakıfla ilgili bir soruda o konuda Allah'ın sınırlarını ihlâl edecek birçok "zerâa" bulunduğunu, "Kim bizim bu dinimizde ondan

60 el-Arâf 7/26, 27, 31, 35; Yâsin 36/60.

61 İbn Abdilvehhâb, "Fetâva ve Mesâil", *Müellefât* içinde, IV, 72; *ed-Dürerü's-seniyye*, VII, 137.

62 *ed-Dürerü's-seniyye*, IV, 113-114; İbn Abdirrahmân, *el-Menhecü'l-fikhî*, s. 267-268.

63 el- Useymin, el-Uşûl min ilmi'l-uşûl, s. 35.

64 İbrahim Kafî Dönmez, "Sedd-i Zerâi"*Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yay., 2010) XXXVI, 277; Ferhat Koca, *İslâm Hukuk Tarihinde Selefî Söylem* (Ankara: Ankara Okulu Yay., 2002), s. 172; İbn Abdirrahman, *el-Menhecü'l-fikhî*, s. 280-281.

65 Koca, *İslâm Hukuk Tarihinde Selefî Söylem*, s. 128.

olmayan bir şey ortaya çıkarırsa, o şey kabul edilmez”⁶⁶ hadisinin getirdiği sedd-i zerâi' ile amel etmek gerektiğini söyler.⁶⁷ Vehhâbîler birçok meselede sedd-i zerâi'e dayanarak hükme varmışlardır. Vehhâbî ulemâsından Abdüllatif b. Abdurrahman sedd-i zerâi' ve kat'ı vesâilin dinin en önemli usulü ve kuralı olduğunu, İbn Abdülvehhâb dahil ulemânın, birçok hükme bu kaideye dayanarak vardıklarını zikreder. Şirk kastı olmasa bile hastanın iyileşmesi için kurban kesmek, kabirlerin yanında namaz kılmak, dua etmek şirke götürme ihtimalinden dolayı yasaklanmıştır. İçinde alkol bulunan kolonya türü kokular, sarhoş olunabilecek şeylere ulaşmada kolaylık sağlayacağı için menedilmiştir. Muhammed b. Abdülvehhâb şirke gidebilecek bütün yolları, bu kaideye dayanarak yasaklamıştır.⁶⁸

Muhammed b. Abdülvehhâb'ın oğulları ve Hammâd b. Nâsır'a musâfaha, sarılma ve el öpme hakkında sorulmuş, el öpme ile ilgili olan hadislerdeki uygulamayı nehyetmemekle birlikte devamlı yapılması durumunda insanları, gereğinden fazla yüceltmeye götüreceği düşüncesiyle kabul etmemişlerdir.⁶⁹ Diğer bir örnek de karz ile ilgilidir. Vehhâbî ulemadan Abdurrahman Ebâ Batîn'a, para borç veren ve borcu alanın para borcunu yiyecek vermek suretiyle ödemesi durumunda karz borcunun ifa edilip edilmediği hakkında sorulmuştur. Ebû Batîn zimmette olanı teslim konusunda hilenin kapısını kapatmak amacıyla konuyu sedd-i zerâi'in kapsamına dâhil etmektedir.⁷⁰

Muhammed b. Abdülvehhâb, Kur'an'ın amaçlarına uygun olduğu müddetçe maslahat ilkesini nâdiren de olsa hukukî kararlarda kullanmıştır. Meselâ kıtlık zamanında döneminin ulemâsının karşı çıkmasına rağmen zekâtın ertelenmesini câiz görmüş ancak şahsî menfaat için maslahat ilkesinin işletilmesine karşı çıkmıştır. Muhammed b. Abdülvehhâb'a göre maslahata binaen ganimetin beşte birini toplumun refahı için harcamakta sakınca yoktur. Bireysel hükümlerde de maslahata göre uygulama yapılmıştır. Meselâ yetimin taşınmaz malının vasî tarafından satılmasında yetimin değil vasînin faydası olduğu düşüncesiyle malın yetim adına tutulmasının maslahata daha uygun olduğu ifade edilmiştir.⁷¹

Yukarıda sayılan aslî ve fer'î deliller ve başvurduğu bazı kurallar dışında diğer mezhepler tarafından farklı değerlerde kabul edilen bazı deliller de Mu-

66 Buhârî, "İ'tisam" 5, "Büyü" 60, "Sulh" 5; Müslim, "Akdiye" 18; Ebû Dâvûd, "Sünnet" 6. Hadis, Müslim'de "Kim bizim dinimizde olmayan bir şey yaparsa o merduttur, makbul değildir." şeklinde geçmektedir.

67 İbn Abdilvehhâb, "Fetâvâ ve Mesâil", *Müellefât* içinde, VI, 89.

68 İbn Abdirrahman, *el-Menhecü'l-fıkhî*, s. 283.

69 *ed-Dürerü's-seniyye*, VII, 230.

70 *ed-Dürerü's-seniyye*, VI, 175.

71 İbn Abdilvehhâb, "Fetâvâ ve Mesâil", *Müellefât* içinde, IV, 40; Bas, *Muhammad Ibn Abd Al-Wahhab: An Intellectual Biography*, s. 160-161.

hammed b. Abdülvehhâb tarafından bazı şartlarla kabul edilir. Eserlerinde de faatle tekrar ettiği üzere ona göre asıl kaynak Kur'an ve sünnettir. Muhammed b. Abdülvehhâb'ın örf hakkında Kur'an ve sünnetin açık olduğu durumlarda âdetler ve geleneğe başvurulamayacağı, Kur'an ve sünnetin açık olmadığı durumlarda da âdetlerle hükme varılamayacağı düşüncesinde olduğu ifade edilmiştir. Ona göre gelenekler ve âdetler İslâm öncesi dönem pratiklerinden mülhemdir ve zamanla bu âdetler kutsallaştırılmıştır.⁷² Ancak Vehhâbî ulemâsından Muhammed Halil Herrâş'ın, "Vehhâbî hareketi Zâhiriyye mezhebinde olduğu gibi örf ve kıyası reddetmez"⁷³ ifadesi bulunmaktadır. Bu iki yaklaşım farklı alanların açıklanmasını içeriyor olmalıdır. İbn Abdülvehhâb'a göre tevhitte ilgili hiçbir şey nasların dışında bir şeyle delillendirilemez. Ancak günlük yaşamla ilgili ve şer'î muhalif olmayan uygulamalara karşı çıkılmamıştır. Meselâ onun bir düğün elbisesiyle ilgili "İbnü'l-Kayyim'in da görüşü olduğu üzere bu insanların örfüyle ilgili bir durumdur" şeklinde değerlendirmesi mevcuttur.⁷⁴

Muhammed b. Abdülvehhâb İslâm öncesi Arap edebiyatını hukukî bir kaynak olarak kabul etmez. Sadece İslâmî uygulamada örneği bulunmayan bazı meselelerde konunun anlaşılması için başvurulmuştur. Meselâ savaş sonrası ölen düşmanların sakallarının kesilmesiyle ilgili soru için İslâm öncesi duruma bakıldığı ifade edilmiştir.⁷⁵

Burada bir hususa değinmek gerekmektedir: Muhammed b. Abdülvehhâb ve Vehhâbî ulemâsı, iddia edildiği gibi zâhirî bir yorumlama biçimini mi tercih etmiştir? Son dönem Vehhâbî âlimlerinden el-Useymin bu konuda şöyle demektedir: "Zâhiri, zâhirinden uzaklaştıracak bir delil bulunması müstesna, zâhirle amel etmek vâciptir. Çünkü selef-i sâlihinin izlediği yol budur. Ayrıca böylesi daha ihtiyatlı ve sorumluluktan kurtarıcı olduğu gibi taabbüt ve bağlılığı daha güçlü şekilde ortaya koyar."⁷⁶ Muhammed b. Abdülvehhâb'ın nasların nüzûl-vürûd sebeplerine bakılmasına işaret etmesi, el-Useymin'in "zâhiri, zâhirinden uzaklaştıracak bir delil bulunması müstesna" ifadesine müteallik düşünülmalıdır. Diğer bir ifade ile ne olursa olsun zâhir mânanın dışına çıkmamak gerektiğinin kastedilmediği söylenebilir.

72 Bas, *Muhammad Ibn Abd Al-Wahhab: An Intellectual Biography*, s. 158-159.

73 Muhammed Halil Herrâş, *Hareketü'l-Vehhâbiyye reddü 'alâ maqâlin li Doktor Muhammed Bahâ fi nakzi'l-Vehhâbiyye* (Medine: Câmiatü'l-İslâmiyye, 1396), s. 32.

74 *ed-Dürerü's-seniyye*, VII, 372; İbn Abdirrahman, *el-Menhecü'l-fıkhi*, s. 274.

75 Bas, *Muhammad Ibn Abd Al-Wahhab: An Intellectual Biography*, s. 159.

76 el-Useymin, *el-Uşûl min ilmi'l-uşûl*, s. 27.

Zâhire göre hüküm verme meselesinde hükmün itikâd, ibadât veya muamelâtta olup olmamasına dikkat edildiği görülmektedir. Muhammed b. Abdülvehhâb'a Hûd sûresinin 15 ve 16. âyetleri hakkında sorulmuştur: “Kim yalnız dünya hayatını ve onun ziynetini isterse, biz onlara yaptıklarının karşılığını orada tastamam öderiz. Orada onlar bir eksikliğe uğratılmazlar. İşte onlar, kendileri için âhirette ateşten başka bir şey olmayan kimselerdir. (Dünyada) yaptıkları şeyler, orada boşa gitmiştir. Zaten bütün yapmakta oldukları da boş şeylerdir.” İbn Abdülvehhâb bu âyetlere dayanarak insanların yaptıkları amel-leri üç kısma ayırmıştır: Ahiretteki sevabını ummadan malını, ailesini, faydasının devamını isteyerek amel etmek; gösteriş için amel etmek ve sâlih ameli, mal ümidiyle yapmak. Ebû Hüreyre'den nakledilen “Âhirette, kahraman desinler diye savaşanların, cömert desinler diye infak edenlerin, âlim desinler diye ilim öğrenenlerin yüzüstü cehenneme atılacaklardır.”⁷⁷ hadisini de delil olarak zikreden İbn Abdülvehhâb amellerde niyetin önemli olduğunu vurgulamıştır. Buradan hareketle İbn Abdülvehhâb'ın ibadetlerde zâhirî bir yaklaşımı değil, niyeti öne çıkarmakta ve niyet ile eylem arasında da uyum aramakta olduğu söylenebilir. Bununla birlikte Muhammed b. Abdülvehhâb'ın kullandığı başka bir hadis⁷⁸ zâhirî yorumu destekleyen yaklaşıma uygundur. Ancak burada şu hatırlatmayı tekrar yapmak gerekmektedir. Görebildiğimiz kadarıyla Vehhâbî düşüncede niyet, amel, zâhire göre hükmetme ve amel etme meselelerinde akaid, ibadetler ve muâmelât sahaları birbirinden ayrılmaktadır. Bu çerçeveden değerlendirildiğinde zikredilen hadisin, imanı ilgilendiren ve zâhire göre amel etmeye yönelik olduğu söylenebilir. Muâmelâtta ise ribâ hakkında verilen hüküm örnek olarak verilebilir. Hile yoluyla ribâyı şartlara uydurmak şirke eşit kabul edilmiştir.⁷⁹ Verilen örneklerde itikâdî meselelerde zahirin, ibadât ve muâmelâtta ise niyetin ön planda olduğunu söylemek mümkünse de bu yaklaşımla ilgili kesin yargılar verebilmek daha geniş araştırma yapmak gerektiğinden burada bu kadarıyla yetinilecektir.

77 Müslim, “İmâret”, 162; Tirmizî, “Zühd”, 48; Nesâî, “Cihâd”, 22.

78 Hadis şudur: Târik b. Şihâbdan Resûlullah şöyle buyurdu: “Bir sinek yüzünden, adamın biri cennete, diğeri de cehenneme girdi.” Sahâbiler, “Bu nasıl oldu, ey Allah'ın Resulü?” dediler. Resûlullah şöyle buyurdu: “İkisi beraber bir şehre uğradılar. Bu şehir halkının, oradan her geçenin mutlaka kurban takdim etmesi gereken bir putları vardı. Birine, “Bir kurban takdim et!” dediler. O da, “Takdim edecek hiçbir şeyim yok ki!” dedi. Onlar, “Hiç değilse bir sinek takdim et!” dediler. O da bir sinek takdim etti, yolunu açıp serbest bıraktılar. Bundan dolayı cehenneme girdi. Diğeri, “Sen de takdim et!” dediler. O, “Allah'tan başka hiçbir şeye sinek dahi takdim etmem!” dedi. Boynunu vurdular, bu yüzden o da cennete girdi.” Ahmed b. Hanbel, “Kitâbü'z-Zühd”, 15; İbn Abdülvehhâb “Kitâbü't-Tevhîd”, *Müellefât* içinde, I, 35.

79 İbn Abdülvehhâb, *Müellefât*, IV, 15.

I. Dört Kaide

Vehhâbiliğin kurucusu Muhammed b. Abdülvehhâb'ın eserlerinin bir araya toplandığı külliyyatın fıkha ayrılan ciltlerinin ikincisi *Erba'ü kavâ'id tedürü'l-ahkâm 'aleyhâ*⁸⁰ adıyla başlamaktadır. Muhammed b. Abdülvehhâb bu risalede bahsini ettiği kaidelerin dinin kaidelerinden dördü olduğunu ve hükümlerin bu kurallar çerçevesinde şekillendiğini ifade etmekle bir metod sunmaya çalışmıştır. İbn Abdülvehhâb, Allah'ın dinini en güzel şekilde tamamladığını ancak az lafızla Kur'an-ı Kerim'de bir araya getirdiğini; bir kişinin dört kaideyi öğrenmeden önce Kur'an'ın bu özelliğinin yanında Hz. Peygamber'in (s.a.v.), "Bana cevâmiu'l-kelim [yani, az sözle çok mânâlar ifade etme kabiliyeti] verilmiştir."⁸¹ sözüne dikkat etmesi ve onu öğrenmesi gerektiğini söylemiştir.⁸² İbn Abdülvehhâb muhtasar olmakla birlikte bu kaidelerin dini anlamak için başvuru olan tefsir, hadis, ilm-i sülûk, helal ve haram ilmi, ilm-i usûl, fıkıh gibi disiplinler için yeterli olduğunu ifade eder.⁸³ Bu kaideler, sonraki Vehhâbî ulemâsına yol gösterici olmuştur.⁸⁴

1.1. Birinci Kaide: Allah'ın buyruğunu bilmeden, ilim sahibi olmadan Allah adına söz söylemenin haramlığı

Muhammed b. Abdülvehhâb'a göre, Allah'ın buyruğunu bilmeden, ilim sahibi olmadan Allah adına söz söylemek haramdır.⁸⁵ Muhammed b. Abdülvehhâb el-Ârâf sûresinin 33. âyetini bu kaideye delil olarak gösterir: "De ki: 'Rabbim ancak, açık ve gizli çirkin işleri, günahı, haksız saldırıyı, hakkında hiçbir delil indirmedığı herhangi bir şeyi Allah'a ortak koşmanızı ve Allah'a karşı bilmediğiniz şeyleri söylemenizi haram kılmıştır.'" Muhammed b. Abdülvehhâb'a göre müftü/hâkim konumunda olan kimse şüpheli meseleleri araştırmak ve şüpheleri gidermek suretiyle hüküm vermelidir.⁸⁶ *İ'lâmü'l-muvakki'in*'de fetva ve kazâda, Allah'ın isimleri, sıfatları, dini, fiilleri, şeriatı ile ilgili her konuda bilgi sahibi olmadan söz söylemenin en önemli yasaklardan olduğunu söyleyen ve Allah hakkında bilgisiz söz söyleme üzerine başlık açan İbnü'l-Kayyim'in bu başlığının *İ'lâmü'l-muvakki'in*'i ihtisar eden İbn Abdülvehhâb'a da kaynaklık ettiği görülmektedir.⁸⁷

80 Muhammed b. Abdülvehhâb, "Erba'ü kavâ'id tedürü'l-ahkâm 'aleyha", *Müellefât* içinde, III, 3-13.

81 Buhârî "Cihâd ve Siyer" 2977; Müslim "Mesâcid ve Mevâdi'üs-salât", 523.

82 İbn Abdülvehhâb, *Müellefât*, III, 3-5.

83 İbn Abdülvehhâb, *Müellefât*, III, 4.

84 İbn Abdürrahman, *el-Menhecü'l-fıkhî*, s. 271.

85 Aynı ifadeler için bk. İbn Teymiyye, *Ehl-i Sünnet İtikadı* (İstanbul: Tevhid Yay., 1998), s. 41.

86 İbn Abdülvehhâb, *Müellefât*, I, 39.

87 (Dârü İbni'l-Cevziyye, 1423), II, 73-74.

Muhammed b. Abdülvehhâb'ın talebelerinden Hammâd b. Nâsır (ö. 1224/1809), *İctihad ve Taklid* isimli risâlesinde müftü ve kâdı olmanın şartları üzerinde durmuştur: Ebû Hanîfe (ö. 150/767) hariç cumhura göre fetva verecek konumda olan kişinin icthad ehli olması gerekir. Aynı şekilde hâkimin de icthad ehlinde olması gerekir, zira onun kararı hem fetva cinsindedir hem bağlayıcıdır. Âlim olmayan kişinin yapması gereken âdil ve âlim olduğunu bildiği kişilerden fetva istemektir.⁸⁸

Muhammed b. Abdülvehhâb ve diğer ulemâ kesinliğinden emin olmadıkları konularda “bilmiyorum” ifadelerini kullanmışlardır. Meselâ Muhammed b. Abdülvehhâb'a, sakala düğüm atmak konusu sorulmuş, o da bilmediğini, ancak şiiirlerde bazı insanların savaş sırasında tekebbür için böyle bir şey yaptıklarının geçtiğini söylemiştir.⁸⁹ Diğer Vehhâbi ulemâ da, “Bu sözün dayanağını bilmiyorum”, “Ben bilmiyorum, Allah en iyisini bilir”, “Bu konu benim için kapalıdır” gibi ifadeler kullanmışlardır.⁹⁰

1.2. İkinci Kaide: Şarî'nin hakkında sükût ettiği her şey affedilmiş kapsamındadır, hiç kimse bunu haram, vacip, müstehap veya mekruh kılamaz.

Kaide istishab ile ilgilidir. İstishab geçmişte sabit olan bir durumun değiştiğine dair herhangi bir delilin bulunmaması sebebiyle durumun devamına hükmetmektir.⁹¹ Üç çeşittir: “Aksine bir delil bulunmadıkça bir eşyadan faydalanma veya bir davranışta bulunmanın mubah olduğuna hükmetmek ibâha-i asliyye, delil bulunmadıkça mükellefi şer'î tekliften sorumlu tutmamak berâet-i asliyye/zimmet, şer'an varlığı kabul edilen bir hükmü varlık sebebi ortadan kalkmadıkça var kabul etmek vasıf istishabıdır.”⁹² Kişi hakkında şer'î bir mükellefiyetten veya bir haktan bahsedebilmek için delille ispat etmek gerekir. Meselâ bir kimse birinde alacağı olduğunu iddia etse fakat bunu ispat edemese, borcun yokluğuna hükmedilir. Çünkü delil bulunmadıkça zimmetin beri sayılması kuraldır.⁹³

88 Hammad b. Nâsır, “Risâletü'l-icthâd ve't-taklid”, *Mecmû'atü'r-resâil ve'l-mesâilî'n-Necdiyye* içinde (Mısır: Matba'atü'l-Menâr, 1344), II-III: 2-30, erişim 11.03.2017, <http://ia801207.us.archive.org/23/items/WAQ12657/mrmn2-3.pdf>. Eser bir heyet tarafından derlenmiştir.

89 *ed-Dürerü's-seniyye*, IV, 151.

90 İbn Abdirrahmân, *el-Menhecû'l-fıkhî*, s. 272-273.

91 İbnü'l-Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakki'in*, I, 341-342; Mustafa Kelebek, “İslâm Hukukunda İstishâb Delili ve Uygulamadaki Yeri”, *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 3, sy. 1 (1999), erişim 18.07.2017, <http://eskidergi.cumhuriyet.edu.tr/makale/266.pdf>; Osman Şahin, “İslâm Hukuk Metodolojisinde İstishâb Delili”, *OMÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy.12-13 (2001): 489-516, erişim 12.06.2017, <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/omuifd/article/view/5000073532/5000067791>.

92 Koca, *İslâm Hukuk Tarihinde Selefî Söylem*, s. 145.

93 Zekiyuddin Şaban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, trc. İbrahim Kafi Dönmez (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı, 1990), s. 219.

Muhammed b. Abdülvehhâb, “Ey iman edenler! Size açıklandığı takdirde, sizi üzecek olan şeylere dair soru sormayınız!”⁹⁴ ayeti ile “Bazı şeyler hakkında -unutmaksızın- yalnızca size rahmet olsun diye sükût etmiştir. Onları da soruşturup araştırmayınız.”⁹⁵ hadisine dayandırdığı bu kaideyi şöyle tanımlamıştır: Allah’ın hakkında sükût ettiği her şey affedilmiştir. Bir kimsenin böyle bir şeyi haram kılması, vâcip kılması, müstehap veya mekruh kılması helâl olmaz. Muhammed b. Abdülvehhâb’ın torunu Abdurrahman b. Hasan (ö.1285-1868) istishab ile ilgili şunları söylemiştir: “Kıyas sahih olursa usulün Kitap, sünnet, icmâ, kıyas ve istishab olan beş delilinden biri olarak sayılır. Bu beş delilin her biri binefsihî müstakil bir delildir. Ancak bazı usulcüler istishab konusunda ihtilâf etmişlerdir.”⁹⁶ Abdurrahman b. Hasan ilk üç delil hakkında ihtilâf olmadığını ancak diğer ikisi hakkında birçok farklı yaklaşım biçimi geliştirildiği söylemek suretiyle ittifak ve ihtilaf edilen delilleri belirtmiştir.⁹⁷

Muhammed b. Abdülvehhâb’a mudârebe hakkında soru sorulmuş, o da, Ahmed b. Hanbelîden (ö. 241/855) gelen rivayetleri aktararak bu kaideye binaen mudârebenin câiz olduğunu söylemiştir. Şöyle ki:

Muhammed b. Abdülvehhâb’a urûz⁹⁸ ile mudârebe⁹⁹ yapmanın sahih mi yoksa şüpheli mi olduğu soruldu? Şöyle cevap verdi: Ahmed’den urûz ile mudârebe yapmanın câiz olmadığı rivayet edilir. Ona delâlet edecek kullanabileceğimiz şer’î bir hüccet zikretmeden bir grup bu görüşü tercih etmiştir. Ahmed’den rivayet edilen diğer görüş câiz olduğudur. Malın kıymeti akdin başında sermaye/anapara olarak sayılır. Esrem¹⁰⁰ şöyle demiştir: Abdullah’ın babasına metâ ile mudârebe olup olmayacağını sorduğunu işittim. Câizdir dedi ve topluluk bu görüşü tercih etti. Bu görüş sahihtir çünkü muâmelâtteki kaide şudur: Allah ve Resulü haram kılmadan, Hz. Peygamber’in bazı şeyler hakkında -unutmaksızın- yalnızca size rahmet olsun diye sükût etmiştir. Onları da soruşturup araştırmayınız” hadisi sebebiyle o (muâmelât sahasından bir mesele) haram kılınmaz.¹⁰¹

94 el-Mâide 5/101.

95 Ebû Zekeriyâ Yahyâ b. Şeref en-Nevevî, *Kitâbu'l-Erbâ'ini'l-Neveviyye* (Kahire: Dârü's-selâm, 2007), s. 23.

96 *ed-Dürerü's-seniyye*, IV, 113.

97 *ed-Dürerü's-seniyye*, VIII, 182.

98 Urûz: Altın ve gümüş para dışında kalan mal türlerini ifade eden fıkıh terimi. Bk. Hasan Hacak, “Urûz”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2010) XLII, 181-183.

99 Mudârebe: Emek-sermaye ortaklığı. Bir taraftan sermaye, diğer taraftan da emek olmak üzere akdedilen bir tür ortaklıktır. Bk. Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 386.

100 Ahmed b. Hanbelî sorulan sorular öğrencileri tarafından *Mesâil* adıyla bir araya getirilmiştir. Ebû Bekir el-Esrem (ö. 260/873 veya 273/886) bu öğrencilerden biridir.

101 *ed-Dürerü's-seniyye*, VI, 303.

İstishabın uygulanma alanının belirtilmiş olmasıyla iman ve ibadetler alanının müdahaleden korunmuş olduğunu anlamaktayız. Zira Muhammed b. Abdülvehhâb'a göre iman ve ibadetler müdahaleye açık değildir. Bundan dolayı Muhammed b. Abdülvehhâb'ın "her yeniliğin bidat olması" rivayetini iman ve ibadetler sahası için kullandığı ileri sürülmüştür.¹⁰²

Muhammed b. Abdülvehhâb'ın ikinci kaide ile istishabın, aksine bir delil bulunmadıkça bir eşyadan faydalanma veya bir davranışta bulunmanın mubah olduğuna hükmetmek anlamındaki ibaha-i asliyye nev'i ile delil bulunmadıkça mükellefi şer'î tekliften sorumlu tutmamak anlamındaki berâet-i asliyye nev'ini kastettiği anlaşılmaktadır.

İbn Teymiyye ve diğer Hanbelî ulemâ tarafından da özel önem verilen söz konusu ilke ibâdâtta değil muâmelâtta geçerlidir. İbn Teymiyye'ye göre, "Bu konuda esas olan, Allah'a yaklaşmak üzere ancak Kitap ve sünnetin gösterdiği ibadetlerin meşru kılınmasındaki gibi, Kitap ve sünnetin haram olduklarını gösterdikleri dışında, insanların ihtiyaç duydukları muâmelâtın haram olmadığıdır. Zira din, Allah'ın meşru kıldığı, haram da O'nun haram ettiği, ancak delil olmaksızın Allah'ın haram kılmadığını O'nun adına haram kılmışlar, şirk koşmuşlar, Allah'ın izin vermediğini dinde meşru saymışlardır."¹⁰³ İstishab konusunda Muhammed b. Abdülvehhâb'ın Hanbelî mezhebi ile paralel düşündüğü anlaşılmaktadır.

1.3. Üçüncü Kaide: Açık delili terk edip müteşâbih ile istidlâlde bulunmak sapıtanların yöntemidir.

Muhammed b. Abdülvehhâb'a göre açık delili terketmek ve müteşâbih lafızlarla istidlâl etmek Râfıza ve Havâric gibi doğrudan ayrılanların yoludur. Bu kaide için getirdiği delil şudur: "... Kalplerinde bir eğrilik olanlar, fitne çıkarmak ve onun olmadık yorumlarını yapmak için müteşâbih âyetlerinin ardına düşerler...".¹⁰⁴ Ona göre Müslümanın vazifesi muhkeme tâbi olmaktır. Müteşâbihin mânası bilindiğinde muhkeme muhalif olmadığı bilakis muvafık olduğu görülür. Ancak müslümana vâcip olan, râsîhûnun 'Rabbimizin katından gelen her şeye iman etik' sözüne uymaktır.¹⁰⁵

102 Frank Edward Vogel, *İslamic Law and Legal System Studies of Saudi Arabia* (Ph.D., Harvard University 1993), s. 183.

103 İbn Teymiyye, *Siyasetü'sher'iyye* (Riyad: Vizaretü's-suuni'l-İslâmiyye, 1418), s. 125.

104 Âl-i İmrân 3/7.

105 İbn Abdilvehhâb, *Müellefât*, III, 4.

Dürer'de Suûd b. Abdülazîz'in Süleyman Paşa'ya yazdığı mektup olarak rivayet edilen ve bu kaidenin kapsamına giren şöyle şu ifadeler yer almaktadır: "Biz Kur'an'ın müteşâbihine tâbi değiliz, tev'ilde sünnet imamlarına muhalefet etmeyiz. Müşriklerin küfrüne ve onlarla savaşmaya istidlâl ettiğimiz âyetler muhkemdir. İmamların zâhiriyle hükmedip, tevil ve tefsirinde ihtilâf ettiği müteşâbihattan değildir. Bilakis herkesin anlayabileceği âyetlerdendir."¹⁰⁶ Söz konusu kaideyi siyasî maksatlarına hizmet edecek şekilde kullandığı anlaşılan Suûd b. Abdülazîz'in delil olarak gösterdiği âyetler şunlardır: "Şüphesiz Allah, kendisine ortak koşulmasını asla bağışlamaz. Bunun dışında kalanları ise (günah) dilediği kimseler için bağışlar. Allah'a şirk koşan kimse, şüphesiz büyük bir günah işleyerek iftira etmiş olur."¹⁰⁷ "Kim Allah'a ortak koşarsa artık Allah ona cenneti muhakkak haram kılmıştır. Onun barınağı da ateştir."¹⁰⁸ "... Allah'a ortak koşanları artık bulduğunuz yerde öldürünüz! ..." ¹⁰⁹ "Baskı ve şiddet kalmayınca ve din tamamen Allah'ın oluncaya kadar onlarla savaşınız! ..." ¹¹⁰

1.4. Dördüncü Kaide: Haram ve helâller bellidir.

Bu kaide "Helâller bellidir, haramlar bellidir, bu ikisi arasında şüpheliler vardır"¹¹¹ hadîs-i şerifine bağlanmaktadır.¹¹²

Muhammed b. Abdülvehhâb'a göre bir kişi bu kaideleri iyice anlamadan bir mesele hakkında kesin ifadeyle konuşursa, hem kendisi dalâlete düşer hem de dalâlete düşürür. Bu kaidelerin üçünü Allah, kitabında dördüncüsünü Nebî aleyhisselâm zikretmiştir. Ona göre muhtasar olmakla birlikte din(i ilimler) bu dört kaide etrafında şekillenir.¹¹³

Muhammed b. Abdülvehhâb konunun daha iyi anlaşılabilmesi için bu kaideleri fûrû-i fikhın "sular babı"ndan dört mesele ile örneklendireceğini ifade

106 *ed-Dürerü's-seniyye*, I, 285-290; İbn Abdîrrahman, *el-Menhecû'l-fıkhî*, s. 277.

107 en-Nisâ 4/48.

108 el-Mâide 5/72.

109 et-Tevbe 9/5.

110 el-Enfâl 8/39.

111 Buhârî, "İmân", 39; Müslim, "Müsâkât", 107. Hadisin tamamı şöyledir: "Şurası muhakkak ki haramlar apaçık bellidir, helâller de apaçık bellidir. Bu ikisi arasında (haram veya helâl olduğu) şüpheli olanlar vardır. İnsanlardan çoğu bunları bilmez. Bu durumda, kim şüpheli şeylerden kaçırırsa, dinini de, ırzını da kurtarmış olur. Kim de şüpheli şeylere düşerse harama düşmüş olur, tıpkı koruluğun etrafında sürüsünü otlatan çoban gibi ki, her an koruluğa düşebilecek durumdadır. Haberiniz olsun, her melikin bir koruluğu vardır, Allah'ın koruluğu da haramlarıdır. Haberiniz olsun, cesette bir et parçası var ki eğer o sağlıklı olursa cesedin tamamı sağlıklı olur, eğer o bozulursa, cesedin tamamı bozulur. Haberiniz olsun bu et parçası kalptir."

112 İbn Abdilvehhâb, *Müellefât*, III, 4.

113 İbn Abdilvehhâb, *Müellefât*, III, 4-5.

etmektedir:¹¹⁴ Burada aynı tarzda ele alınan bu örneklerden bir tanesini vermek, kaidelerin uygulanışı hakkında fikir vermesi açısından yeterli olacaktır.

Muhammed b. Abdülvehhâb bazı âlimlerin içine necâset karışıp pisenmedikçe veya bakla suyu, gül suyu gibi adı değişmedikçe suların tamamını temizleyici (tahûr) kabul ettiklerini; bir diğer grubun, “Sizden biri durgun suda yıkanmasın”¹¹⁵ hadisini delil göstererek suları tahûr, tâhir ve necis olmak üzere üçe ayırdıklarını söylemektedir. Suları bu şekilde üçe ayıranlar delil olarak hadis ile beraber su satın almak için vekil tayin edilmesi ve vekilin kullanılmış veya keyfiyeti değişmiş su satın alması durumunu göstermektedirler. Bu duruma göre bu çeşit suyun mutlak su kapsamına girmediği için kabul edilmesi gerekmez.¹¹⁶

Muhammed b. Abdülvehhâb öncelikle ikinci görüş sahiplerinin delil olarak ileri sürdükleri hadisin ilk âlimler tarafından yapılan “Şayet adam bu yasağa karşı gelir ve onu yaparsa, bu [pis] su hakkında hadiste nefiy ve ispat etme açısından ona itiraz edilemeyen başka bir meseleye dair farklı bir görüş ortaya çıkar.” şeklindeki değerlendirmesini aktararak hadisin suların tasnifi ile ilgili olmadığını anlatmaya çalışmıştır. Vekalet yoluyla su satın almayı da değerlendiren Muhammed b. Abdülvehhâb'a göre, vekilin aldığı suyun kabul edilmemesi suyun mutlaka pis olduğuna delalet etmez. Çünkü vekilin deniz suyu veya pis ama temizleyici su getirmesi durumunda da kabul edilmeyebilir. Dolayısı ile bu meselenin suların tasnifine delil olarak sunulması doğru değildir. Ona göre suları üçe ayıranlar bu delilleri kullanarak “zan sözün en yalanıdır”¹¹⁷ hadisinde beyan edildiği üzere zanla fetva vermişlerdir.

Muhammed b. Abdülvehhâb'a göre bu konuda cevâmiu'l-kelîm ve âm bir ifade olan “Şayet su bulamazsanız...”¹¹⁸ âyeti vardır. Bu âyet ve “Su temizleyicidir hiç bir şey onu pisletmez”¹¹⁹ hadisine uyulmazsa ve bahsedilen delillere dayanılarak sular üç çeşittir denirse âm ve vâzih lafızlar terkedilmiş, “Ey iman edenler! Size açıklandığı takdirde sizi üzecek olan şeylere dair soru sormayın. Eğer Kur'an indirilirken bunlara dair soru sorarsanız size açıklanır. (Halbuki) Allah onları bağışlamıştır. Allah çok bağışlayandır, halimdir (hemen cezalandırmaz, mühlet verir.)”¹²⁰

114 İbn Abdilvehhâb, *Müellefât*, III, 6-11; *ed-Dürerü's-seniyye*, IV, 7.

115 Müslim, “Tahâret”, 97.

116 İbn Abdilvehhâb, *Müellefât*, III, 5-6.

117 Buhârî, “Nikâh”, 5144; Ebû Davûd, “Edeb”, 4917.

118 en-Nisâ 4/43.

119 Ebû Dâvûd, “Tahâret”, 34; Tirmizî, “Tahâret”, 49; Nesâî, “Miyâh”, 2.

120 el-Mâide 5/101.

âyetine karşı gelinmiş, müteşâbih, muhkeme tercih edilmiş olur. İbn Abdülvehhâb “Suyun temizleyici olduğu bizim için açıklığa kavuşmadı ve yasağın onu da etkilediğinden korktuk” denilmesine karşılık; “Allah’ın serbestiyet verdiği konularda tavakkuf etmek veya “bilmiyorum” demek gerekir. Aksi halde bu konuyu müteşâbih meselesine katmış olursunuz.” şeklinde cevap verir. Diğer taraftan, ona göre “Şer’ bu suyu temizleyici olması bakımından temiz kabul etmiştir” şeklinde kesin bir görüş bildirmek de doğru değildir. Zira böyle yapılırsa sükût edilmiş ve hakkında konuşulmamış konular araştırmaya başlanmış Hz. Peygamber’in (s.a.v.) “Helal belli haram da bellidir. İki arasında da şüpheli şeyler vardır” hadisi terk edilip müteşâbihin peşine düşülmüş olur.¹²¹

Muhammed b. Abdülvehhâb suların üçe ayrılmasını ve ileri sürülen delilleri dört kaideye göre tahlil ederek meseleyi değerlendirmektedir. Buna göre suları üçe ayıranlar Allah’ın buyruğunu bilmeden, hakkında sükût edilen meselelerde müteşâbihâtın ve şüpheli hususların peşine düşerek kesin bilgiye dayanmadan zanla hareket etmektedirler.

SONUÇ

Kur’an ve sünnetin tartışılmaz kaynaklığı yanında Vehhâbîler Hanbelî geleneğinin kullandığı icmâ, sahabî kavli, kıyas, sedd-i zeria, maslahat gibi kaynakları da kabul etmişler, kıyası onlar gibi zaruret durumlarında delil saymışlar; nassa muhalif kıyası kabul etmemişlerdir. Kıyastan çok istishaba vurgu yapılmıştır. Buna göre nasta bulunmayan, yasaklanmayan her şey mubahtır. İstishab vurgusunun hukuk sahasına daha fazla esneklik sağladığını söylemek mümkünse de bu yaklaşım katı uygulamalar sebebiyle gölgede kalmıştır.

Hükümlerin elde edilmesi için önerilen dört kaidenin örneklendirildiği kısımda görüldüğü üzere Muhammed b. Abdülvehhâb nasların mutlak, âm ve muhkem ifade eden mânalarını dikkate almış, kesin hükme varma yolları ya da tavakkuf etmek ve ‘bilmiyorum’ demek varken dayanağı bulunmadan hüküm vermenin, müteşâbihattan sakınmamanın yanlışlığına ve tehlikelerine vurgu yapmıştır. Ona göre naslardaki açık ifadeler yeterlidir, başka yollara başvurmak anlamsızdır.

İbn Kudâme, İbn Teymiyye, ve İbn Kayyim’in eserlerinden, yanlış anladıkları iddiası bir yana hem Muhammed bin Abdülvehhâb hem tüm Vehhâbî ulema faydalanmış, eserlerini ihtisar etmiş, görüşlerini kullanmıştır. Hatta kendilerine has bir

121 İbn Abdülvehhâb, *Müellefât*, III, 5-6.

metod ve görüşün olmadığını da söylemek yanlış olmaz. Bu yüzden Muhammed b. Abdülvehhâb'ın bu dört kaide ve diğer yaklaşımları ile bir yöntem geliştirme çabası içerisinde olduğunu söylemek mümkün değildir. Zaten farklı metodolojik önerileri olmadığını, Hanbelî doktrinine tabi olduklarını ve hükmün kabulü için "delil" in önemli olduğunu bizzat kendisi ve takipçileri sıkça ifade etmişlerdir. İçlerinde de sistemli bir yapıya sahip olmayan Vehhâbî düşünürlerin tek ortak yaklaşımlarının, ihtilafli meselelerde bir görüşün kabul edilmesi için "delilin bulunması" veya meselelerin "Kur'an ve sünnete arz" ı durumu olduğunu söylemek mümkündür.

العلوم الاجتماعية والإنسانية: قراءة من منظور إسلامي

أ. د. صالح قادر الزنكي*

ملخص البحث: التشريع الإسلامي يلتقي مع العلوم الاجتماعية والإنسانية بصورة عامة في الاهتمام بالإنسان، ومحاولة قراءته وفهم أبعاده ومكوناته، ومن ثم محاولة توجيهه وترقيته وتنميته وإسعاده في حياته، وتحويله إلى عنصر إيجابي وقوة فاعلة ومؤثرة في البناء فكرياً وحضارياً، وكل ما جاء به هذه العلوم من نتائج ومخرجات تكون مقبولة إذا كانت متسمة بالواقعية والصدق والنزاهة والعلمية والموضوعية وغير مخترقة لفطرته وطبيعته. ولكن الإشكال الذي يطرح نفسه بقوة هو: إلى أي مدى كانت هذه العلوم الاجتماعية والإنسانية علوماً محايدة وموضوعية، حتى يتم قبولها والاعتراف بها في حقل الدراسات الشرعية، أم كان وراءها بواعث ودوافع عقديّة وفكرية وثقافية خاصة، وفي أحيان كانت هذه البواعث من صناعة التاريخ فصبغت نظرياتها، بل بعض مسلماتها على حسب اعتقادهم؟ وهذه الدراسة تحاول أن تقدم إجابتها عن هذا الإشكال، منطلقاً من مسلمات إسلامية قارة، ومختبراً قضايا مطروحة في تلك العلوم، للتأكد من مدى موضوعيتها، كما تسلط الضوء على جهود مبذولة في هذا الصدد بهدف المواءمة بين تلك العلوم والعلوم الإسلامية. واعتمدت الدراسة على المنهج الوصفي والتحليلي والنقدي، وتوصل الباحث فيها إلى بعض نتائج منها: أنّ نقل واستنبات تلك العلوم الاجتماعية والإنسانية في البيئة الإسلامية من غير نقدها وتنقيحها وغربلتها عمل غير علمي، ويكون إثم أكبر من نفعه، كما توصلت الدراسة إلى القول بأنّ هناك قضايا تناوّلها التشريع الإسلامي، ولكن لا يمكنه أن يقول فيها القول الفصل والنهائي من غير الاستنجاد بالعلوم الاجتماعية والإنسانية والطبية والطبيعية وغيرها. .

كلمات مفتاحية: التشريع الإسلامي، العلوم الاجتماعية، الإنسانية، الفقه، الدين، الشريعة.

İnsan ve Toplum Bilimleri - İslami Bakışla Bir Okuma

Özet: İslam hukuk sistemi, insanı önemseme bakımından genel olarak sosyal ve beşeri bilimlerle birleşir. Bu buluşma insanı okuma, farklı boyutlarını anlama ve oradan da onu yönlendirip mutluluğunu temin etme çabalarında gerçekleşir. Bu noktada baş gösteren ciddi problem şudur; bu sosyal ve beşeri bilimler, dini araştırmalar sahasında kabul edilebilir olması için ne derece tarafsız ve objektiftir? İşte bu çalışma, İslami kabullerden hareketle ve söz konusu bilimlerin objektifliğini, kendi alanlarında gündem olan meselelerle test etmek suretiyle bu soruya cevap bulmaya çalışmaktadır. Bu çalışmada betimleyici, analitik ve eleştirel metod uygulanmış ve bu bilimlerin İslamî alanda ayıklama ve eleştiriye tabi tutmadan aktarılmasının bilimsel olmadığı, bunun zararının yararından daha fazla olacağı ve İslam hukukunda, sosyal bilimlerden yardım alınmadan hakkında nihai hüküm verilemeyecek meselelerin bulunduğu vb. sonuçlara ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İslam hukuku, fıkıh, sosyal bilimler, beşeri bilimler, din.

العلوم الاجتماعية والإنسانية

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، أما بعد؛

فإنّ العلوم الاجتماعية والإنسانية في غير البيئة الإسلامية بصورة عامة قد حققت نوعاً من التقدم والنجاح في فهم مجتمعات قيد الدراسة، وكلما كانت نسبة توافق ووائم هذه الدراسات مع الثقافة المجتمعية السائدة في تلك البيئات مرتفعة؛ كانت نسبة الانسجام والتفاهم واقتراح الحلول والمعالجات بناء على كشف الأسباب كبيرةً ومجدية، وهذه المعارف والعلوم حينما انتقلت، أو تم استزاعها أو توطينها في البيئات والمجتمعات الإسلامية لم تكن نسبة التوفيق لها مرضيةً ومقبولة في الوصول إلى المعالجات واقتراح الحلول الناجعة لمشاكل المجتمعات المسلمة، وكان السبب وراء هذا السير البطيء والمتعثر، أو غير المؤثر عائداً بالأساس إلى اعتماد تلك العلوم -منهجاً ومضموناً- منطلقات فكرية وثقافية تحكم تلکم المجتمعات، وإسقاطها عشوائياً، وارتجالياً وكلياً، وكرهاً -من غير غريزة وتهذيب وتنقيح- على مجتمعاتنا المسلمة التي تختلف بدرجات عن تلکم المجتمعات من حيث منطلقاتها الفكرية والعقدية والثقافية، بل والتشريعية أيضاً، لذلك أدرك عدد من العلماء المسلمين البون الشاسع، أو الفجوة بين تلك المجتمعات والمجتمعات المسلمة من حيث تلك المنطلقات والثقافات، وأدركوا خطأ هذا الإسقاط الجبري، ومن أجل تدارك الموقف رفعوا لافتة «أسلمة»^١ تلك العلوم وتهذيبها وتنقيتها من الشوائب المنهجية والمضمونية التي لا تصلح، أو تتعارض مع البيئة الإسلامية والمجتمعات المسلمة، ومن ثمة بدأت الدعوة السريعة والمكثفة بالتعريف بهذا المشروع الكبير الذي جزموا بكونه سفينة النجاة للأمم من ثباتها وسباتها، كما عدَّ بعض أصحاب هذه المدرسة (صراحة، أو ضمناً) أنّ المشروع البديل لا سيما عن المشروع المقترح الوسط بعد سقوط الدولة العثمانية، وأنّ إشكال هذه الأمة عبارة عن إشكال معرفي قبل أن يكون إشكالاً عقدياً، أو سلوكياً، أو سياسياً، أو اجتماعياً، أو اقتصادياً.

١ بدأت محاولة الربط بين العلوم الاجتماعية والإنسانية وبين الإسلام في مصر عام (١٩٦٠) من لدن الدكتور فؤاد عبد الله نورية، وهذه المحاولة توجت بورقة قدمها الدكتور إساعيل الفاروقي في مؤتمر علمي عام (١٩٧٧)، وترجمت بعنوان: «صياغة العلوم الاجتماعية صياغة إسلامية»، وقدم الدكتور ورقة أخرى ترجمت بعنوان «أسلمة المعرفة» (١٩٨٢م)، وتضمنت هذه الورقة برنامجاً متكاملأً وواضحاً للتأصيل الإسلامي لكل العلوم لأول مرة، وكانت بمثابة الخطوط العريضة وخارطة طريق لجهود لاحقة ليومنا هذا. ينظر: إساعيل الفاروقي، صياغة العلوم الاجتماعية صياغة إسلامية، المسلم المعاصر، العدد ٢٠، ١٤٠٠/١٩٨٠م، ص ٣٥-٤١؛ إساعيل الفاروقي، أسلمة المعرفة، المسلم المعاصر، العدد ٣٢، ١٤٠٢/١٩٨٢م، ص ٩-٢٣؛ إساعيل الفاروقي، إسلامية المعرفة، المادئ العامة - خطة العمل - الإنجازات، ترجمة عبد الحميد أبو سليمان (واشنطن: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ١٩٨٦).

وفي الوقت نفسه رأى بعض آخر من أتباع هذه المدرسة أنّ هذا المشروع هو مشروع مكمل للمشروع السابق، وأنّ الإصابات التي تعرضت لها هذه الأمة متعدّدة، ومتنوّعة، ولا يمكن اختزالها في أمر واحد (الإشكال المعرفي)، والكلّ مسخّر لما خُلِق له، وهذه المدرسة اشتهرت بمدرسة «إسلامية المعرفة»، وكان من مؤسسيها مجموعة من علماء الأُمّة بتخصصاتهم المتنوعة، ومنهم الدكتور إسماعيل الفاروقي، والدكتور عبد الحميد أبو سليمان، والدكتور طه جابر العلواني، والدكتور جمال البرزنجي، وآخرون، وبدأوا بالتعريف بالمشروع، وأسسوا المعهد العالمي للفكر الإسلامي بالولايات المتحدة الأمريكية (١٤٠١هـ / ١٩٨١م)، وهذا الدكتور عماد الدين خليل^٢ يصف أسلمة المعرفة، أو إسلامية المعرفة بأنها تعني: «ممارسة النشاط المعرفي كشفاً، وتجميعاً، وتركيباً، وتوصيلاً، ونشراً من زاوية التصور الإسلامي للكون والحياة والانسان»، ثم بين قصده من النشاط المعرفي بأنّه: «تسليط العقل البشري - أو بعبارة أدق القدرات العقلية البشرية - على الظواهر المادية والحيوية والروحية والإنسانية في مدى الكون والعالم والحياة»، كما أوضح أنّ المعرفة «إنما هي مجرد وجه آخر من وجوه حياة الإنسان التي ينبغي أن توجه إسلامياً»، وذلك كي تصبح حياة الإنسان بكافة أنشطتها وصيغها إسلامية التوجه، وإسلامية الممارسة، وإسلامية المفردات، وأنّ إسلامية المعرفة لا تعني مجرد الدعوة لتحقيق الوفاق بين معطيات العلوم الإنسانية، وبين المطالب الدينيّة على مستوى التّطبيق، وإنما تعني قبل هذا وبعده احتواء كافة الأنشطة المعرفية الإنسانية على المستويين: النظري والتّطبيقي معاً من أجل جعلها تتحقّق في دائرة القنوات الإيمانية، وتشكّل وفق مطالبها وتصوراتها الشّاملة^٣.

ثم شرعوا في وضع شروط لهذا المشروع، وهذا الدكتور إبراهيم رجب قد اختصر شروط النهوض بهذا المشروع (إسلامية المعرفة، أسلمة العلوم، التأصيل الإسلامي للعلوم، أو التوجيه الإسلامي للعلوم) في ثلاثة شروط، وهي^٤:

- ٢ عماد الدين خليل، مدخل إلى إسلامية المعرفة (المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ١٤١١ / ١٩٩٠م)، ص ٨-١١.
- ٣ محمد عثمان نجاتي، منهج التأصيل الإسلامي لعلم النفس، ورقة مقدمة إلى ندوة التأصيل الإسلامي لعلم النفس التي نظّمها المعهد العالمي للفكر الإسلامي بالقاهرة، ١٩٨٩م، ص ٦-٧.
- ٤ إبراهيم عبد الرحمن رجب، المنهج العلمي للبحث من وجهة إسلامية، ورقة مقدمة للندوة الأولى للتأصيل الإسلامي للخدمة الاجتماعية، (المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، ١٩٩١).

١. الانطلاق التّام من المنظومة الإسلاميّة تجاه الإنسان والمجتمع والكون المنبثقة من الكتاب والسّنة، ومما يحتويه التراث الإسلامي في هذا المجال، مشفوعاً بنظرة نقدية لإسهامات علماء المسلمين حول قضاياها.

٢. استيعاب العلوم الحديثة في أرقى صورها، وليس الاستسلام لها ولنظرياتها ونتائجها من غير نقد فاحص بناءً، بهدف الاستفادة منها، وتجاوزها من غير تردّد كلما لزم الأمر ذلك.

٣. إيجاد تكامل حقيقيّ بين معطيات التّصور الإسلاميّ من جانب، وبين إسهامات العلوم الحديثة من جانب آخر، وليس مجرد الجمع، أو التجاوز المكانيّ، أو حتى المزج بينهما دون وحدة حقيقيّة.

وهذه الشروط الثلاثة لا بدّ أن تجتمع كلّها لكي يصحّ الحكم على أيّ جهد، أو إسهام بأنه يتتمي حقاً لما يعدّ التّأصيل الإسلاميّ للعلوم بمعناه الدّقيق والصّحيح.

وأشار إلى أنّ هناك في بعض المقررات الدراسية في المجتمعات الإسلاميّة تقارير متعارضة مع أساسيات العقيدة الإسلاميّة، أو متعارضة مع الأحكام الإسلاميّة، الأمر الذي يتطلب منا تنقيّة مناهجنا منها، كي لا يعيش الطالب بين التناقضات والازدواجيات.

فعلى سبيل المثال لا يعقل أن يقوم المدرس في مجتمع مسلم بتدريس آراء فرويد التي يرى أنّ الدّين هو نوع من المرض النفسيّ العصبيّ الجماعيّ العام في البشر^٥، كما لا تصحّ الدعوة إلى أنّ الإسلام لا يرفض التّبني بمعناه القانوني المعروف في الغرب، وأنّ هذا من قبيل الإصلاح والتّطوير، والإسلام يتشوّف إلى ذلك الإصلاح والتّطوير، والدليل على ذلك أنّ الإسلام لم يرفض من قبل الإصلاح والتّطوير في قبوله تنظيم النّسل، وسفور المرأة وخروجها إلى العمل، وذلك على الرغم من أنّه معروف للعامة والخاصّة أنّ الإسلام قد حرّم التّبني تحريماً قاطعاً، وحثّ المسلمين على رعاية اليتامى.

هذا وأنّ البعض يطالبون «بتوطين» العلوم الاجتماعيّة ومهن الممارسة الإنسانيّة لكي تستجيب لواقع تلك المجتمعات، فهناك من يدعو إلى بناء «علم نفس وطني» متميزاً عن

علم النفس الغربي في توجيهاته وقوانينه ومناهجه، وقد سبقهم إليها علماء النفس في اليابان والهند ورومانيا الذين أخذوا يدعون إلى علم نفس وطني في بلادهم.

وبعد هذه المقدمة ينبغي بيان بعض الأساسيات في المنظور الإسلامي، كي يحسن وزن هذه العلوم بميزان الإسلام الذي يضع الأمور في موقعها الصحيح.

وعليه فإنه من المعلوم أنّ النظرة الإسلامية والقراءة الإسلامية لأيّ شيء في الحياة لا بدّ أن تنطلق من مجموعة مسلّمات وقطعيّات دينيّة، يشكّل مجموعها الثوابت التي لا تقبل التغيّر والتبدّل، وهي تصلح أن تكون المعيار والمقياس والميزان لقبول شيء، أو رفضه، ومن هذه المبادئ، أو المسلّمات الشّرعية الآتي:

أولاً: شمولية التشريع الإسلامي: من المعلوم لدى المسلمين، بل من الأمور العقديّة التي يؤمن بها كلّ مسلم أنّ الدين الإسلاميّ دينٌ شامل لجميع مرافق الحياة، وهذا الشمول ليس شمولاً مرحلياً بمعنى يشمل ما كان موجوداً في الزّمن الماضي، أو ما هو موجود وواقع في الزّمن الحالي، بل كلّ ذلك بالإضافة إلى شموله لما يستجد في المستقبل، ومن هنا جاءت مقولة: صلاحية الشريعة لكلّ زمان ومكان، وأحوال.

وثمّة سؤال مهمّ يطرح نفسه بقوة، وهو: كيف تشريع واحد يصلح للبشر جميعاً، كيف صلح للذين عاشوا به في الزّمن الغابر، وكيف يصلح للذين يعيشون به الآن، وكيف يصلح للمستقبل لمن يريد أن يعيش به؟ والواقع يشهد أنّ التشريعات الوضعيّة تتغيّر وتتبدّل بسبب تبدّل وتغيّر أحوال الناس، فأنّى للتشريع الإسلامي هذه الخاصية؟

والإجابة عن هذا السؤال أمرٌ ميسورٌ لمن عاش مع هذا التشريع وخبره، والآتي يحمل بعض الجواب.

ثانياً: موافقة التشريع الإسلامي للفطرة والعقل السليم المنضبط، يتوافق التشريع الإسلاميّ توافقاً كلياً مع الفطرة والعقل، والفطرة البشريّة ثابتة لا تتبدّل ولا تتغيّر (بمعنى لها القدرة على الدوام والبقاء)، وفي ذلك يقول الله تعالى: «فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا ۗ اَللّٰهُ فِطْرَتِ اَللّٰهِ اَلَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا ۗ لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اَللّٰهِ ۗ ذٰلِكَ اَلدِّينُ اَلْقَيِّمُ وَلٰكِن اَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ»

(سورة الروم: ٣٠)، يقول سيّد قطب (يرحمه الله) في تفسير هذه الآية: «وبهذا يربط بين فطرة النَّفس البشريَّة وطبيعة هذا الدِّين، وكلاهما من صنع الله، وكلاهما موافق لناموس الوجود، وكلاهما متناسق مع الآخر في طبيعته واتجاهه. والله الذي خلق القلب البشري هو الذي أنزل إليه هذا الدِّين ليحكمه ويصرفه، ويطب له من المرض، ويقوّمه من الانحراف. وهو أعلم بمن خلق، وهو اللطيف الخبير. والفطرة ثابتة والدِّين ثابت: ﴿لَا تَبْدِيلَ لِحَلْقِ اللَّهِ﴾، فإذا انحرفت النَّفوس عن الفطرة لم يردّها إليها إلاّ هذا الدِّين المتناسق مع الفطرة، فطرة البشر وفطرة الوجود»^٦.

وقد أدرك هذا التّوافق الكليّ والتّناسق من لم يكن على مستوى ثقافيّ وتعليميّ كبيرين، فكيف لا يدرك ذلك أهل العلم والبصر، ومن كان أصحاب شهاداتٍ وخبراتٍ وتجارب؟! فانظر إلى هذا الأعرابيّ البسيط البعيد عن ضغط الواقع وإفرازاته، وقد سُئِلَ عن أيّ شيء أسلمت؟ وما رأيت منه ممّا دلّك على أنّه صلى الله عليه وسلّم رسول الله؟ فقال: «ما أمر بشيء فقال العقل: ليته نهى عنه، ولا نهى عن شيء فقال العقل: ليته أمر به، ولا أحلّ شيئاً فقال العقل: ليته حرّمه، ولا حرّم شيئاً فقال العقل: ليته أباحه»^٧.

ثالثاً: مرونة التشريع الإسلامي: خاصيّة المرونة لهذا التشريع تُفَعِّلُ مساحات الحياة وتهذبها، وتغربلها، وتطوّرُها، وتلوّنُها بلونه البهّي الخاصّ. فالشريعةُ القادرة على تكيّف الحياة بكيفيتها؛ هي الشريعةُ المستحقة للدوام، والبقاء، والبناء، فبالمرونة تجابه متغيرات الحياة المتلاحقة، وفي مقابل ذلك فبالثبات التّشريعيّ يحافظ على مبادئ الدِّين وأصوله، ويمنعها من الدّوبان والانصهار في الثقافات والتشريعات الأخرى.

والحق، أنّ المبدأين: الثّبات والتغيّر يعملان معاً ودوماً في الكون والحياة. فبالثبات يستعصي هذا المجتمع على عوامل الانهيار والفناء فلا يندثر، وبه أيضاً يستقرّ التّشريع، وتتبادل

٦ . سيد قطب، في ظلال القرآن (القاهرة: دار الشروق، ط ١١، ١٤٠٢/١٩٨٢م)، ٥/٢٧٦٧.

٧ ابن القيم، شمس الدِّين أبو عبد الله بن أبي بكر، مدارج السالكين بين منازل إياك نعبد وإياك نستعين، تحقيق محمّد حامد فقي (بيروت: دار الكتاب العربي، ١٣٩٢/١٩٧٢م)، ١/٢٣٥.

الثقة، وتبنى المعاملات والعلاقات على دعائم مكينة، وأسس راسخة، لا تعصف بها الأهواء والتقلبات السياسيّة والاجتماعية بين يوم وآخر، بل بين لحظةٍ وأخرى^٨.

وبالمرونة التشريعيّة يُعلن القرآن الكريم استعداده للتّعامل مع كلّ تطوّر في الحال والمستقبل، وقد أنبأت الآيات القرآنية عن التّطور الحادث في حياة النّاس من خلال تركيزها على آيات الآفاق والأنفس، ودفعت العقل دفعاً قويّاً إلى اكتشاف الجديد عن الإنسان ومحيطه الأرضيّ والكونيّ، وتكرار النّظر في الكون والإنسان سيؤدّي من غير شكّ إلى رفع السّتار عن حقائق كانت مجهولةً من قبل ومن بعد.

وبتوجيه القرآن الكريم العقل وبتشجيعه إيّاه على الاضطلاع بدوره -فهو لم يخلق إلاّ لكي يعمل في مجاله-؛ برهان قاطع على اعتداد الخطاب القرآنيّ وثقته بالعقل المنضبط السّويّ، وتقديره له ولنتائجه في الأحكام والمسائل التي للعقل فيها نصيب وافر، وهذا بحدّ ذاته يُعدّ نقطةً إيجابيّةً تصبّ في تحقيق المواءمة والانسجام بين الشّرع باعتباره الإطار الموضوعيّ الحاكم، وبين ما يقرّره العقل باعتباره الخير الكاشف، ويدفع إشكالية الصّدام والتدافع بينهما، ويغدو الشّرع مضميلاً شرعيةً والقبول على العقل وفعله، والعقل مؤكّداً لما قد استقر عليه حكم الشّرع وأمره، قال تعالى: «وَفِي الْأَرْضِ آيَاتٌ لِلْمُوقِنِينَ وَفِي أَنْفُسِكُمْ أَفَلَا تُبْصِرُونَ» (سورة الزاريات: ٢٠-٢١)، وقال تعالى: «سَنُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الْآفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ» (سورة فصلت: ٥٣).

وأحكام التشريع تنقسم إلى قسمين:

قسم لا يقبل التطور والمرونة، ولا حاجة إلى تطويره، بل الخير في ثباته ورسوخه.

وقسم يقبل التطور، وحاجة الناس تدعو إلى تطويره، وإلاّ تتجمد الحياة.

ومن القسم الأول ممّا لا يتطوّر في الإسلام:

١- قضايا العقائد: وقضايا العقائد تؤسّس على الحقّ الذي لا يقبل الباطل، والحقّ يبقى حقّاً مهما تبدّلت الأزمنة، وتغيّرت.

٢- قضايا العبادات: والمسائل التبعديّة لا مجال فيها للتغيير، فالسُّجود في الصّلاة بوضع الرأس على الأرض؛ فهذا لا يتطور إلى وضع اليدين على الأرض. والصوم هو الامتناع عن الأكل والشرب والممارسة الجنسية، ولا يتبدّل إلى الامتناع عن النوم فقط مثلاً.

٣- قضايا الأخلاق من الصّدق والتّعاون والتّكافل وردّ الأمانات إلى أهلها، والعفّة، ومد الخير إلى الآخرين وغيرها، هي مسائل ثابتة في المجتمعات، وهي من مقوّمات الحياة، فلا حياة بدون هذه المعاني، والصّدق مطلوب في كلّ حين وفي كلّ مكان، وهذه الأحكام الأخلاقية تضيف النكهة الفواحة على الحياة وتكسيها قيمة.

٤- جملة من الآداب العامة، وهي التي تشكّل البعد الخارجي الظاهريّ للإسلام، كإكرام الضيف، والاستماع إلى المتكلّم إلى أن ينتهي من كلامه، والاستئذان من صاحب البيت قبل الدخول، وغضّ البصر عن المحرمات من النساء، وتوقير الكبير، وعدم الإسراف في الأكل والشرب، وفتح الطريق أمام الهارة وغيرها، كلّ ذلك لا يقبل التغيير، وهي من زينة الحياة، فإنّ الإسلام يريد، بل لا يقبل إلّا حياة جميلة تصنعها هذه الآداب.

٥- المبادئ الشرعية، كحرمة الغش والتدليس والحيل، وحقّ المرأة في المهر والإنفاق عليها، وحل البيع وحرمة الرّبا والاحتكار واستغلال حاجة الناس، والعمل بمبدأ الشورى في الحكم، وتحقيق العدل، والجنوح إلى السّلم مع المسلمين، وردّ عدوان المعتدين، والوفاء بالعهود والمواثيق، وحماية السّكان المسلمين من أضرار الحرب كالأطفال والعجزة والنساء ورجال الدين المنقطعين للعبادة.

أما القضايا التي تقبل التطوير والتغيير حسب متطلبات العصر، وحاجة الإنسان المتجددة فهي:

١- جملة من الآداب العامة المؤسسة ابتداءً على العادات والأعراف كأداب الجلوس على المائدة، والمبيت في الفنادق، ودخول ما له العلاقة بالبيت من المصاييح والمغاسل في بيع الدار.

٢- بعض الوسائل المتعلقة بأداء العبادات كالذهاب إلى بيت الله الحرام بالطائرة، والمتعلقة بنظام الحكم كاتخاذ المجلس النيابي لتحقيق الشورى في الحكم.

٣- الحاجات الاجتماعية الناشئة عن تطور الحياة والحضارة، فهذه تتطور مع الزمن.

ويقرر الإسلام ضرورة الأخذ بها بما يتفق مع مبادئه العامة، ولا يقف حائلاً دون الأخذ بها كاستخدام الهاتف والحاسوب وغيرها.

ويختصر الشيخ يوسف القرضاوي مجال الثابت ومجال المرن في شريعة الإسلام بقوله: «إنَّه الثبات على الأهداف والغايات، والمرونة في الوسائل والأساليب. الثبات على الأصول والكليات، والمرونة في الفروع والجزئيات. الثبات على القيم الدينية والأخلاقية، والمرونة في الشئون الدنيوية والعملية»⁹.

رابعاً: قبول النافع من أيِّ وعاء، ورفض الضارّ من أيِّ وعاء، فالتشريع الإسلاميّ تشريع واقعيّ، ومتجاوب مع أيِّ نافع، فهو يتقبله ويعمل به، بغض النظر عن مصدر هذا النافع، وقدرة الإسلام على تقمُّص الأفكار والنظريات، وإعادة تشكيلها بعد تهذيبها وتنقيتها من الشوائب العقديّة والفلسفية التي أنتجتها بيئتها الجغرافية والثقافية، هذه القدرة للتشريع الإسلاميّ مكّنت التشريع من الامتداد، ورشحته للظهور وللعمل الحضاري.

ومن المسلمات أن بناء الحضارة الشاهدة لا يتأتى أبداً بالاعتماد على أصول ثقافية وفكرية مستعارة من حضارة أخرى، فإنَّ استنبات المبادئ الحضارية والقيم الحضارية لحضارة أخرى في بيئة أخرى وواقع معاش آخر، استنبات في وادي غير ذي زرع، واستنبات في تربة غير تربتها، وفي أجواء غير أجوائها، واستسلام للآخر وفتح للمجال أمام تمدده أرضاً وسماءً، كما هو تكريس للتخلف وإضاعة للهوية، وقضاء على الذات، وتحقير له واستصغار منه، وتهميش لدوره في تحريك مناشط الحياة وصناعة المستقبل الواعد، استنبات ضارّ بالنبات وبالأرض، ضارّ بالنبات في إضاعته، وضارّ بالأرض في تشغيلها بما لا يثمر¹⁰.

وهذا لا يتنافى ومبدأ الاستفادة من الخبرات والتجارب الأجنبية، فالحكمة لا بدّ وأن تكون ضالة المؤمن، فأنتى وجدها أخذ بها¹¹، وهو لا يزال طالباً للحقّ حريصاً عليه، ولا

9 يوسف القرضاوي، الإسلام والعلمانية وجهاً لوجه (مكتبة وهبة، ط 1، 1997)، ص 151.

10 ينظر: السامرائي، نعمان عبد الرزاق، محسن والحضارة والشهود (الدوحة: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، كتاب الأمة، ط 1، العدد 80، 1421/1420م)، 1/56 وما بعدها.

11 عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم: «الْكَلِمَةُ الْحَكْمَةُ ضَالَّةُ الْمُؤْمِنِ، حَيْثُمَا وَجَدَهَا فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا». حكم الشيخ الألباني على الحديث بأنّه ضعيف جداً، ولكن معناه صحيح، وتشهد له عمومات النصوص، وهو أن الكلمة المفيدة التي لا تنافي نصوص الشريعة ربما تغفوها من لها بأهل، ثم وقعت إلى أهلها، فلا ينبغي للمؤمن أن يتصرف عنها، بل الأولى الاستفادة منها، والعمل بها من غير التفات إلى قائلها. الألباني، محمد ناصر الدين، صحيح سنن ابن ماجه (بيروت: المكتب الإسلامي، ط 1، 1986)، كتاب الزُّهْد، باب

يمنعه من الأخذ به حيث لاح شيء من وجهه، فكلّ من قال بالصّواب، أو تكلمّ بالحقّ قبل قوله، وإن كان بعيداً بغيضاً، وقد قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ ۗ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا ۗ اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۚ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾ (سورة المائدة: ٨)، فليس بغض المؤمن شخصاً من الأشخاص بحامله على ردّ ما جاء به من الحكمة، والخير والتجارب النافعة، بل هو يأخذ الحكمة من أيّ وعاء خرجت، وعلى أيّ لسان ظهرت على حد قول القائل:

إذاً الإشكال مع الآخر ذي مرجعية مختلفة، وفلسفة مختلفة، ونظرة مختلفة للإنسان، والكون، والحياة، والدين، من خلال محاكاته وتبني منطلقاته، ونسخ فلسفته وأدواته، وتقمّص أدواره، والتخندق في خندقه، والعيش على مائدته والتنفس برئتيه، والنظر بعينه لا بعيننا، نسخ التجربة بالكامل من غير مراعاة بيئتها التي نشأت فيها، وقد دعا إلى هذه المحاكاة والتقليد الأعمى عدد من المثقفين المعاصرين المتحمسين للحدّثة وما بعدها، والمنبهرين بالآخر من رأسه إلى أخمص قدميه، وكانوا آلة لاغتصاب سلطة الأمة الشرعية، واستيطان أفكار غريبة، وتفويض أمرها بكلّ أبعدها إلى وكلاء محليين ينوبون عنهم، وما زادوهم إلاّ خبالاً.

خامساً: الإسلام يرحب بكلّ ما يخدم الإنسان، وتشريعاته أكّدت المحافظة عليه، بل تحاول تنمية قدراته، وتقدّم له الإطار العام لحركته، وفي بعض الأوقات تقدّم له حتى الخطوط التفصيليّة بهدف اقتصار الطريق، وحمايته من الضياع والانحراف، فالإنسان في الإسلام هو محلّ التشريع الإسلاميّ ومحور اهتماماته.

سادساً: الإسلام يتبنى الحق، ويطلب العلم في أيّ خطوة يخطوها الإنسان، وفي أيّ ممارسة يُقدّم عليها، فإن لم تصل المعلومة إلى درجة القطع واليقين، فلا بدّ أن تبلغ مرتبة الظنّ الغالب القريب من القطع واليقين، أمّا الظنون، والشكوك والأوهام والتّخيلات فلا محلّ لها في المنظومة الإسلاميّة «وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَٰئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا» (سورة الإسراء: ٣٦).

بعد عرض هذه المقدمات الصّورة قد حان الوقت للحديث عن الإسلام ورؤيته للعلوم الاجتماعية والإنسانية، فبناء على ما سبق يقول الباحث:

لا شك أنّ التشريع الإسلاميّ يلتقي مع علم الاجتماع والعلوم الإنسانيّة بصورة عامّة في الاهتمام بالإنسان، ومحاولة قراءته، وفهم مكنوناته وظواهره، ومن ثمّ محاولة ترفيقته وتنميته وإسعاده في حياته، وتحويله إلى عنصر فاعل في البناء الفكري والحضاريّ.

فكلّ ما جاء به هذه العلوم من أجل فهم أفضل لهذا الإنسان، واتسمت بتقريراته بالواقعية والصدق والنزاهة والعلمية والموضوعية؛ فلا شك أنّ الإسلام سيرحب به، ويتبناه من دون إرابة.

وهذه العلوم في بيئتها الإسلامية وقت نشأتها كان لعلماء المسلمين دورٌ بارز في ابتكارها، والحديث عنها، وكان ابن خلدون (ت ٨٠٨) بالنسبة لعلم الاجتماع، أو علم العمران (أو علم الحضارة) في كتابه «المقدمة»، وقبله الإمام الغزالي (ت ٥٠٥)، وكذلك الإمام ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ) وتلميذه ابن القيم (ت ٧٥١هـ) بالنسبة لعلم النفس، وغيرهم الكثيرون كان لهم السبق في ابتكار هذه العلوم، يقول الدكتور عبد الحليم عويس: «لم يكن علم المجتمعات، أو علم العمران حسب تعبير ابن خلدون، أو علم الاجتماع ... مطروحاً كمادة للدراسة والبحث قبل ظهور مقدمة ابن خلدون العملاقة. ولم يكن قد خطر - إلا قليلاً - وبطرق عفوية عابرة - لدى طبقات المؤرخين، على اختلاف مستوياتهم أنّ: الكلّ الاجتماعيّ بأجزائه وشرائحه الاجتماعية المختلفة يخضع لقوانين ثابتة، ثبات القوانين التي يخضع لها الكل الطبيعيّ الفيزيقيّ بأجزائه المختلفة»¹²، بل هناك من العلماء المسلمين من ذهب إلى أنّ نواة هذه العلوم في القرآن الكريم والسنة النبويّة الشريفة، فما القاعدة القرآنية (سورة الأنفال: ٤٦) الاجتماعية والسياسية ﴿وَلَا تَنَازَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ﴾ «إلا إشارة سريعة لهذه الحقيقة، ومن يطالع القرآن الكريم سيقف على الاهتمام القرآنيّ والنبويّ بالعلوم الطّبية والتّجريبية أيضاً، والعلاقة بين السّبب والمسبب يؤكّدها الحديث عن السنن الإلهية، فالحوادث التاريخية، وهلاك الأمم ونجاحها مسببات لأسباب، وهذه الأسباب تفضي إلى هذه النتائج، وبالإمكان قراءة المستقبل على ضوء مقدمات الأحداث، وهذه السنن لا

١٢ عبد الحليم، الفاصيل الإسلامي لنظريات ابن خلدون (الدوحة: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بقطر، كتاب الأمة، العدد ٥٠، ط ١، ١٩٩٦/١٤١٦)، ص ٥٩.

تتخلف، ولا تتبدل، وهي سنة موضوعية في الكون والحياة، لا تحايي جنساً دون جنس، أو دولة دون أخرى، أو أناس دون غيرهم، أو زمناً دون آخر، فمن باشر مقدمات النجاح فقد وصل إلى الهدف، ومن عدل عن سنن الله فقد فشل وسقط، ولم ينفعه إيمان.

والدخول في عالم الأسباب يحفز الإنسان على التخطيط للوصول إلى نتائج ملموسة وغايات مرسومة، فمن سنة الله في عالم الأسباب أن من زرع بذرة الحنطة، وتعهدا بالرّي، وصانها من الآفة فسيحصد القمح بإذن الله تعالى، وأنه لا يحصد الذرة، أو التفاح، وإلا رُفع الأمان عن عواقب الأعمال، فهذا يريد شيئاً، ويأتيه شيء آخر ﴿قَدْ خَلَتْ مِنْ قَبْلِكُمْ سُنَنٌ فَسِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَانظُرُوا كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الْمُكْذِبِينَ﴾ (سورة آل عمران: ١٣٧).

فالعلاقة بين الإسلام والعلم، وبين الإيمان والعلم علاقة طردية قوية، فكلما كان هناك العلم فهناك الإسلام والإيمان، والعكس بالعكس، لذلك بدأ الإسلام علاقته بالإنسان أوّل ما بدأ به معه بمفاتيحه إياه بطلب القراءة ﴿اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ اقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ﴾ (سورة العلق: ١ - ٥)، والقراءة طريق العلم، وشرط هذه القراءة أن تكون موصولةً بالله تعالى على إطلاقها وعمومها، فأية قراءة تعارضت مع مقررات الدين وتعاليمه الثابتة فليست بالقراءة الإسلامية المطلوبة، فهذا هو شرط القراءة الصحيحة والمطلوبة في الإسلام، وهذا الشرط لو تحقّق فسيكون متوافقاً مع الإسلام، بل مكتشفاً لحقائقه ومقرراته.

هذا وأنّ المتتابع للقضايا التي تناوّلها التشريع الإسلاميّ يلمس بكلّ وضوح ضرورة الاستعانة بمجموعة من العلوم الاجتماعية والنفسية والسياسية والاقتصادية والطبية والطبيعية وغيرها لاكتشاف حقيقة تلك القضايا وتحديدّها تحديداً دقيقاً، ومن هنا تأتي إشارة عابرة لبعض تلك القضايا، ومنها:

١. مسألة العمل الصّالح، الدّين الإسلاميّ ليس ديناً نظرياً عقلياً، يقبل من متبعيه الإيمان المجرد، فيكون الدّين متعة عقلية، أو مقولات فلسفية، بل هناك جانب عقديّ (نظريّ) وجانب عمليّ (تطبيقيّ)، والعلاقة بينهما علاقة تلازميّة، فلا إيمان بلا عمل، ولا اعتداد بالعمل من حيث القبول إن لم يكن منبثقاً عن الإيمان، فالإيمان والعمل صنوان،

والعمل المطلوب والمقبول (سواء كان قولاً، أو فعلاً) لا بدّ أن يكون عملاً صالحاً، سواء كان عملاً دينياً صالحاً، أو عملاً اجتماعياً صالحاً، أو عملاً كونياً صالحاً، والعمل الصالح تحكمه مبادئ، ومنها¹³:

أ. التكاملية، بمعنى توقف جدوى كل عمل على الآخر، وعدم فاعلية عمل ديني مثلاً دون وجود عمل اجتماعي، وكوني يرافقه، فالعمل الديني يزود الفرد بطاقات محرّكة، ومحفزة للعمل الاجتماعي والكوني، وبالأخيرين تتحقّق العبودية الحقّة لله تعالى، وتتحقّق الاستخلاف والعمران المطلوب.

ب. مبدأ نجاح العمل، فكلّ عمل صالح هو عمل ناجح بالضرورة، فإن لم يكن ناجحاً فهناك إشكال في عدّه عملاً صالحاً.

ج. العمل الصالح له جناحان، جناح جلب الخير النافع، وجناح دفع الشر الضارّ، لأنّ فعل الخير دون منع الشرّ لا يأتي بالثمرة المرجوة منه، وعليه فإنّ معيار كون العمل صالحاً فمقبولاً هو أن يكون ذلك العمل جالباً لمنفعة، ومشتماً عليها، أو يكون دافعاً لمفسدة أو مقللاً لها.

وهذه النقطة الأخيرة تتطلب منا الوقوف عندها بعض الشيء، وهي تحديد المنفعة والمفسدة في العمل، فكيف يقرّر بأن هذا العمل يشتمل على منفعة، أو يدفع مفسدة، وبناء على ذلك يكون العمل صالحاً ومقبولاً؟

والجواب على ذلك كالآتي:

فإذا كانت الشريعة قد أمرت بعمل ما؛ فهذا لا شك فيه أنّه يشتمل على منفعة، ومن يمعن النّظر في المأمور به في الإسلام يدرك جانب المنفعة والمصلحة فيه واضحاً، فدفع الزكاة، والتّعاون على الخير، وإكرام الصّيف، وطلب العلم، وغير ذلك يحقّق منفعة ومصلحة. ولكن إن لم يكن هناك نصّ، فكيف السّبيل إلى معرفة تلك المنفعة؟ فهنا تتدخل العلوم والمعارف الإنسانية، والطبية، والطبيعية في الحكم على ذلك الشيء قيد الدّراسة والبحث،

١٣ الكيلاني، ماجد عرسان، مقومات الشخصية المسلمة أو الإنسان الصالح (الدوحة: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بقطر، كتاب الأمة، العدد ٢٩، ط ١، ١٤١١)، ص ٤٤-٤٥.

فحينما تدخلت كلمة الطَّبِّ، وقالت: بأنَّ التَّدخين ضارٌّ بالصَّحة، وضارٌّ بالفرد والمجتمع، وضارٌّ بالاقتصاد؛ فإنَّ الشَّرِيعَة تستمع إلى هذه الكلمة، وتتعامل معها بجديّة، وتقرّر من غير تردّد أنّ التَّدخين عمل سيّء، والعمل السيّء محرّم قطعاً.

ومن عاش مع التَّشريع الإسلاميّ برهه من الزمن فوقف على معايير ثابتة وموضوعية في إصدار أحكامه، فلا يحرّم الشّيء اعتباراً، وإنما للتحريم مقياس واضح، ومعيّار معلوم، وهو كون الشّيء خبيثاً، أي ضارّاً، مهما كان حجم هذا الضّرر، وأيما كان نوعه، كما أنّ للتحليل مقياساً واضحاً، ومعيّاراً معلوماً، وهو كون الشّيء طيباً، أي نافعاً، وفي هذا المعيار الموضوعي يقول سبحانه وتعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾ (سورة الأعراف: ١٥٧).

ومن يحدّد المنفعة، أو المفسدة في الشّيء؟ هذا هو الأمر المهم في الموضوع، والذي يحدّد ويقرّر المنفعة، أو المفسدة في هذا الشّيء، أو ذلك، هو أهل الخبرة والعلم من الجهات المختصة والمعنية، وعليه فقد تكون كلمة علماء الاجتماع، أو علماء النفس، أو علماء السياسة، أو علماء الاقتصاد، أو علماء الطب، أو غيرهم هي الكلمة المسموعة والنهائية في الموضوع، ثم تأتي كلمة الشَّرع بناءً على ذلك التقرير، بالإباحة والترخيص إذا تم إدراجها في دائرة المنافع، وبمنعها (تحريماً)، أو كراهة وفق درجة الضّرر والمفسدة) إذا تم إلحاقها بدائرة المفسد والمضارّ.

٢- تنفيذ الحدود والعقوبات، وغيرها من الأحكام، يتوقف تنفيذ العقوبات في الشَّرِيعَة الإسلاميّة على أهلية الجاني وصلاحيته، ومن هنا يأتي ضرورة التأكيد من تمتع الجاني بعقل سليم، وأنّه غير مختل عقلياً، أو لا يعاني من أمراض نفسيّة، وكلّ ذلك لا يمكن التحقق منه إلاّ من خلال الاستعانة والاستنجد بالطَّبِّ وعلم النَّفس، ودليل ذلك (وجوب التأكيد من السَّلامة العقليّة والنَّفسيّة) ما ورد في قصّة ماعز بن مالك^{١٤}، فقد أخرج الشَّيخان عن أبي هريرة رضي الله عنه أنّه قال: «أتى رجلٌ رسولَ الله ﷺ وهو في المسجد، فناداه فقال: يا

١٤ هو ماعز بن مالك الأسلمي، يقال اسمه عريب، وماغز لقب، وبعض المترجمين له جعلوا له ثلاث تراجم، وجعلوا المرجوم ماعزاً أبا عبد الله. ينظر: الجزري، أبو الحسن علي بن محمّد، أسد الغابة في معرفة الصحابة، تحقيق محمّد البنا ومحمّد عاشور ومحمود فايد (دار الشعب)، ٥٨/٥، والعسقلاني، شهاب الدّين أبو الفضل أحمد بن علي، الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق طه محمّد الزيني (مطبعة الكليات الأزهرية، ط ١، ١٣٩٦/١٩٧٦م)، ٥٢/٤.

رسول الله، إنِّي زنيت. فأعرض عنه، حتَّى رَدَدَ عليه أربع مرَّاتٍ، فلمَّا شهد على نفسه أربع شهادات، دعاه النَّبِيُّ ﷺ فقال: أَيْكَ جنونٌ؟ قال: لا. قال: فهل أحصنت؟ قال: نعم. فقال النَّبِيُّ: اذهبوا به فارجموه»¹⁵.

وإذا لاحظنا الرِّوايات الواردة فيها، فنجد كيف كان الرَّسول ﷺ يتحرَّى تحقُّق الجريمة بكاملها وحقيقتها. وورد في رواية من حديث بريدة¹⁶ «سألُ أبا جنونٍ؟ فأخبر بأنَّه ليس بمجنون»، وفي لفظ: «فأرسل إلى قومه فقالوا: ما نعلم إلاَّ أنَّه في العقل من صالحينا»¹⁷.

وهكذا فإنَّ تطبيق الحكم الشرعيِّ في أماكنه الصَّحيحة (مناطاطها) قد يتطلب الرجوع إلى علم الاجتماع، وعلوم النَّفس والعلوم الطَّبيعيَّة والطَّبيَّة وغيرها.

ولو أردنا أن نعرف رأي النَّاس حول قضية معاصرة مثل قضية قتل المدنيين العزل لدواعي أمنية، والمسمى بالضَّرْبَة الاستباقية، والقضاء على مصادر الخوف والإرهاب من معقلها؛ فنحتاج إلى توزيع الاستبانة على شرائح مجتمعية، وهذا ما طبق بالفعل في الدُّول الإسلاميَّة (أو غالبية مسلمة) في شمال إفريقيا- واستكشف من خلالها أنَّ نسبة (١٤-) منهم مع هذه الفكرة، بينما النَّسبة في المملكة المتحدَّة كانت (٣٤-)، وهذه النَّسبة سجَّلت أكبر ارتفاع لها في الولايات المتحدة الأمريكيَّة (٥٠-)، وهذه النَّسبة مرتفعة جداً، وعليه يتبيَّن مدى حاجة الشَّعب الأمريكي إلى إعادة تعريفهم بحقوق الإنسان، وأنَّه لا يمكن سفك الدِّماء بمجرد تهمة، بينما هذه الإشكالية غير فاعلة في غالبية الشُّعوب الإسلاميَّة في شمال إفريقيا، كما يردُّ هذا الاستطلاع للرأي على من يتهم المسلمين بأنهم لا يتورعون لسفك الدِّماء لأدنى شبهة، ويكشف حقيقة الشُّعوب الأخرى التي كانوا يظهرون بثوب المدافع والمتحمس لفكرة حقوق الإنسان.

٣- العلاقة بين قضايا متفرقة واردة في سياق واحد، في هذا الصَّدق قد يستغرب المسلم ورود قضايا مختلفة من حيث الظاهر في سياق واحد في القرآن الكريم، ولا يجد لذلك مبرراً قوياً، ولكن بالاستعانة بالعلوم الطَّبيَّة يتبيَّن له وجه العلاقة بينها، ويدرك ترابطها، ومثال

١٥ البخاري، محمَّد بن إسحاق، صحيح البخاري (بيروت: دار الفكر، ١٤٠٧/١٩٨٦م)، ١٧٨/٤.

١٦ هو بريدة بن الحصيب بن عبد الله بن الحرث الأسلمي، المتوفى (٦٣هـ). ينظر: العسقلاني، الإصابة، ١/١٤١.

١٧ مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي (بيروت: دار الفكر، ١٩٨٣/١٤٠٣)، ٢٠٢/١١-٢٠٣.

ذلك قوله تعالى: «يَا بَنِي آدَمَ خُذُوا زِينَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ» (سورة الأعراف: ٣١)، حيث أمرت الآية بأخذ الزينة عند كل مسجد، وهذه الزينة تشمل زينة المظهر أولاً، ثم انتقلت الآية نفسها إلى موضوع جديد ألا وهو إباحة الأكل والشرب دون حد الإسراف، وهناك يطرح سؤال نفسه، ما العلاقة بين الزينة وعدم الإسراف؟ والجواب عند الأطباء، ذلك أن تجاوز الحد المعقول من الأكل يفضي إلى السمّنة، وظهور الكروش، وهذه الكروش تمنع تحقيق الزينة للمسلم وهو في المجتمع، كما أن كثرة الأكل تبعث على التثاؤب والنوم، وهذا أيضاً مخلٌّ بالزينة، وكما قيل المعدة بيت كل داء، والمريض لا يتمتع بجسد وحالة تحقق له الزينة المطلوبة.

٤- ورود القصص وقضايا تاريخية، علم التاريخ علم مهم للغاية، وقد اهتم القرآن الكريم بالأحداث التاريخية اهتماماً كبيراً، ذلك لأنها نتائج لمقدمات، وهذه المقدمات (البيئة السابقة) لو تكررت مرة أخرى لأدت إلى النتائج نفسها، ومنه يظهر علم استشراف المستقبل، والتخطيط لتفادي أخطاء الماضي. ومن فوائد الإلهام بتاريخ الأمم ومراحل نجاحها وإخفاقها الاقتناع بأن النهوض أمرٌ ممكنٌ، فإذا توفرت الظروف والشروط التي توفرت لهم فسيحصل ما حصل لهم، وعالم المادة لا يجابي أحداً، ولا هوية له، والظروف التي مرّ بها هؤلاء في كثير من الأحيان هي أشدُّ تعقيداً، وأكثر صعوبة من الظروف التي تعيشها الأمة، بمعنى شروط النهضة عندنا أقوى، واقتناص فرصة القيام أمرٌ هو الآخر المهم، والأحداث العظيمة قد يصنعها اقتناص فرصة ذهبية سانحة، وهي ما تسمى بالفرصة التاريخية، لو مرت لها عادت بسهولة. ومن المسلمات التاريخية أن الفرص تتكرر وتتاح باستمرار وبدون توقف للأمم والشعوب المغلوبة على أمرها حتى تنهض وتتحرك، بلا شك بعد الجاهزية والإعداد اللازم والسابق ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِّن قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْحَيْلِ تُرْهَبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ (سورة الأنفال: ٦٠) وحسن التوقيت والسرعة (اللحظة التاريخية) وعقد العزم على الإقدام «فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ» (سورة آل عمران: ١٥٩). وفي هذا المعنى يقول الدكتور جاسم سلطان: «قانون الفرصة هو جزء من عملية التدافع، وهو يعني الانتقال من مقعد المفعول به إلى مقعد الفاعل... فهي عبارة عن ظرف مناسب للتقدم، وهذا التقدم قد يكون جزئياً وهو يعتمد -بعد إرادة الله

جلّ وعلا- على وجود الاستعداد لدى الطرف الراغب في التقدم لاقتناص الفرصة واستغلال الظرف، لتحقيق المكاسب التي يسعى إليها»¹⁸.

٥- المواد المسكرة، حرّم الإسلام الخمر على المسلمين، وذلك لما في الخمر من أضرار صحية على العقل والجسم والاقتصاد وشبكة العلاقات الاجتماعية، ويقاس على الخمر كلّ مادة أخرى مسكرة، ومعرفة المسكر من غيره تتوقف على العلوم الأخرى غير العلوم الإسلامية عبر المنهج التجريبي والنزول إلى الميدان والواقع.

وبناءً على ما سبق فإنّ الإسلام يتعامل مع معطيات هذه العلوم، ولكن بشرط العلمية والموضوعية المجردة من خلفيات عقديّة وأيديولوجية رافضة للإسلام ومنظومته الفكرية والعقدية والتشريعية.

ولكن هل هذه العلوم كما هو واقع حالها اليوم قد توفر فيها الشّرطان السّابقان؟ للإجابة عن ذلك نستطيع القول: بأنّ ثمة خلفيات عقديّة وفلسفية تحكم بعض نتائجها، وأنّ التّعميم في بعضها غير صحيح، كما أنّ بعض تقريراتها تتعارض مع التّعاليم الإسلاميّة، ومن ذلك على سبيل المثال:

٦. بالنّسبة للتّوجيه العقديّ (الأيديولوجي)، أو الفلسفيّ لبعض الممارسات العلاجية الطّبيّة ما ذكرته «لين باير» مؤلفة كتاب «الطبّ والثقافة» حين أجرت في فرنسا كشافاً طبياً عند أحد الأطباء، فتم كشف ورم ليفي في رحمها بحجم البرتقالة، فاقترح عليها الطبيب استئصاله. وعادت إلى الولايات المتحدة الأمريكية، وأجرت كشافاً طبياً آخر فاقترح عليها الطبيب الأمريكي استئصال الرّحم نفسه، وهذا الاختلاف في موقف الطّبيين كان عائداً إلى اختلاف الإطار الثقافيّ والدّينيّ لديهما، ففي المجتمع الفرنسي الكاثوليكي الذي يقدّس الأمومة كان من الصّعوبة بمكان اقتراح حل استئصال الرّحم، ذلك الجهاز الأنثوي لغير ضرورة قصوى، بينما في مجتمع آخر (المجتمع الأمريكي) وهو يرفع من شأن الفرد، ويولي اهتماماً لكمال الجسد؛ فلا يشكّل الاستئصال مشكلة كبيرة عنده¹⁹.

١٨ جاسم محمد سلطان، قوانين النهضة: القواعد الاستراتيجية في الصراع والتدافع الحضاري (المنصورة: مؤسسة أم القرى، ط ٤، ١٤٣١/٢٠١٠)، مصدر سابق، ص ٢٠١.

١٩ الفريشي، علي، توطين العلوم في الجامعات العربية والإسلامية: رؤية ومشروع (الدوحة: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة قطر، كتاب

٧. بالنسبة لتعميم النتائج، فبعض النتائج في العلوم الاجتماعية غير صادقة، أو غير منسجمة مع البيئة الإسلامية، فقد أجريت دراسات على نسبة التفوق في صفوف الطلبة في ولاية من الولايات الأمريكية، وكانت الدراسة على نموذجين دراسيين: نموذج مختلط بين الجنسين، ونموذج تمّ فيه الفصل بين الجنسين، وكانت الأجواء الدراسية (الصفوف، المادة العلمية، المستوى التعليمي، المدرس، البيئة التعليمية...) متشابهة، واكتشفت نتائج الاختبارات تفوق الصف المختلط على الصفوف غير المختلطة، فهذه النتيجة لا يمكن أن تعمّم على جميع الطلبة على الرغم من اختلافاتهم الثقافية والدينية والاجتماعية، ويقال بناء على نتائج هذه الدراسة أنّ تعليم المختلط هو أفضل من غيره، لأنّ ذلك قد تأتي بنتائج عكسية في الدول الإسلامية، فضلاً عن أنها تفتح أبواباً محتملة وكبيرة لارتكاب مخالفات شرعية، وعليه فإنّ نتائج ستكون محصورة في العينة قيد الدراسة فقط.

٨. كذلك، هناك تصورات ومنطلقات تخالف التصور الإسلامي ومن ذلك، مقولة: «وقت الفراغ»، وقد تعرضت دائرة معارف العلوم الاجتماعية الأمريكية لمفهوم «وقت الفراغ»، فعرفته بأنه: الوقت الذي يتحرّر فيه الفرد من المهام الملزم بأدائها بصورة مباشرة، أو غير مباشرة، نظير أجر معين.

ففي تصور الإنسان الغربي عموماً أنّ الوقت وقت الإنسان نفسه، وهو يملكه، وهو حرٌّ في التصرف فيه، كيفما يشاء، ومتى شاء، وهذا التصور يتناقض والتصور الإسلامي الذي يجعل الإنسان، وما له من الوقت، والعمر كلّ ملكاً لله، والإنسان مستخلف فيه، ومسؤول عنه. وعليه فهو مطالب بإعمار هذا الوقت وتوظيفه في الطاعة بمعناها الواسع الذي يشمل كلّ حركة تنفع الإنسان، وهذا الفرق بين الرؤيتين كان سبباً في ارتفاع نسبة الانتحار في الغرب، ودونه بكثير في المجتمعات الإسلامية، فليس المنتحر حرّاً في وقته، والانتحار لا يعني هدر الوقت فقط في المنظومة الإسلامية، وإنما يعني رفض نعمة الله تعالى، والاستسلام للواقع، كما يعني التوقف عن الحركة والإنتاج والتغيير.

هذا وأن هناك من الغربيين من نظروا إلى وقت الفراغ من حيث التعريف الوظيفي له، وهذا التعريف لا يرى العلاقة بين وقت الفراغ وبين البطالة علاقة ترادف، بل يرى أن وقت الفراغ هو الفرصة السانحة التي يتفرغ فيها الفرد لتحقيق الذات وتطويره، وتطوير منجزاته، فهو وقت للإنجاز والإبداع والتفكير البناء المثمر، واستحداث أجهزة تقوم مقام الإنسان في إنجاز بعض الأعمال قد وفر للإنسان وقت فراغ كي يفكر ويبدع، ويبتكر ويسعى إلى تهيئة بيئة أفضل لكل إنسان، وكلما اتسع (وقت الفراغ)، كلما كان الإنسان أقدر على صنع التقدّم، ودفع مسيرة التقدّم خطوة أخرى إلى الأمام.²⁰

وهناك أمرٌ في غاية من الأهمية وهو أن الوسطية ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ وَيَكُونَ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيدًا﴾ (سورة البقرة: ١٤٣) التي وصفت بها هذه الأمة المسلمة في التعامل مع من حولها، وما حولها في الأخذ والعطاء، والقبول والرفض، وفي تنظيم العلاقة بين المادة والروح، والدين والدنيا، والفكر والممارسة، وفي كل شيء؛ لم تكن هذه الصفة - والمفروض أن تكون - وصفاً لازماً لكل فرد من الأفراد، فهناك من عاش في جهة الإفراط، وآخر في جهة التفريط، وليس بينهما، وهناك متشدّد، وآخر متساهل، ومنهم من سلك مسلك التهويل، والآخر سلك مسلك التهوين، وبينهما ضاعت الحقيقة، وثمة رافض لكل ما هو أجنبي، وآخر متقبل لكل ما هو أجنبي، وفريق سلك بين كل ذلك قواماً، وهم ينبغي أن يكونوا الجمهور الغفير من المسلمين.

وحتى نبقي في الوسط كما سبق الحديث عنه، لا يمكن رفض الآخر بالمرّة ومقاطعته كلياً، فهم حينما أرادوا إبعادنا عن التأثير والفعل؛ انكبوا على دراسة تفاصيلنا، دراسة نفسيتنا، دراسة تراثنا، وتعرفوا على طرق تفكيرنا، وآدابنا وعاداتنا، وحددوا ما نحب، وما نكره، وأطلقوا بالونات الاختبار ليعرفوا ردود أفعالنا، ودرسوا علاقاتنا بعضنا ببعض، ودرسوا قدراتنا الذهنية والإبداعية والاقتصادية، درسوا مدى اعتزازنا بأنفسنا وديننا وتراثنا، درسوا تاريخنا، درسوا كل صغيرة وكبيرة متعلّقة بنا، درسونا من حيث نعلم، ومن حيث لا نعلم، وعلى ضوء ما توصلوا إليه تعاملوا معنا، ودخلوا بيوتنا من غير حاجة إلى استئذان مسبق، بل أخرجونا منها. ومنه يُعلم ضرورة الاطلاع على ما عند هؤلاء والاستفادة منه لحركتنا

التنمويّة والنّهضويّة، فكيف تقدّموا، وكيف استفادوا من مسخّرات الكون، وكيف نهضوا بعد السُّقوط، وكيف بدؤوا، ومن أين بدؤوا؟ وهذا ما نسمّيه الوعي بالآخر في عقيدته ومرجعياته، ومصادر معرفته، وأفكاره، وتاريخه، وأسباب نهوضه وسقوطه وقيامه، وقد أطلق عليه بعض «علم الاستغراب» الذي نأمل ميلاده.

نتائج الدراسة: خلصت الدراسة إلى نتائج منها:

- يتعامل الإسلام مع الإنسان، ومع ما ينتجه من فكر ومشروع وثقافة على أساس موضوعي غير قابل للتغيير، وهو يرحب بكلّ خير وبكل نافع من أي مصدر جاء.
- للإسلام مبادئه وقواعده العامة وقيمه، وهي تمثل المعيار لقبول شيء، أو رفضه، وهذه الأساسيات تشكّل القاسم المشترك للجنس البشري الذي ينبغي أن يعيش عليها، ومن خلالها يتمكن من التواصل مع بني جلدته ومع الآخر.
- استنبات العلوم الاجتماعية والإنسانية في البيئّة الإسلامية من غير نقدها وتنقيحها يكون إثمه أكبر من نفعه، ويحمل في الوقت نفسه دلالات سلبية توحى بالذوبان والانصهار في الآخر، ويقضي على الوجود الفاعل الذي يُمكنه من الشهود الحضاري.
- هناك قضايا تناولها التشريع الإسلامي، أو يحاول تناولها، ولا يمكنه القول الفصل فيها من غير الاستنجاد بالعلوم الاجتماعية والإنسانية والطبية والطبيعية وغيرها.

رسالة الاستبدال لشيخ الإسلام قاضي زاده محمد طاهر التوقادي (تحقيق وترجمة)

Arş. Gör. Yasin ERDEN*

ملخص: تحتوي هذه المقالة تحقيق رسالة استبدال الوقف وترجمتها لشيخ الإسلام قاضي زاده محمد طاهر (ت. 1254هـ/1838م) في عهد سلطان محمود الثاني (ت. 1255هـ/1839م) في الدولة العثمانية. رأي لا يباع الوقف لأنه من ملك الله تعالى مذهب عامة الفقهاء. استبدال الوقف عند اقتضاء تجديده وسيلة لتأبيده. تستخدم كلمة الاستبدال في فروع الفقه على معنيين. الأول: استبدال مال الوقف كله أو بعضه بهال ملك عموماً وبهال وقف نادراً بشكل مقاصية. الثاني: اشتراء الهال كتب المؤلف هذه الرسالة أثناء وظيفته قاضياً شرعياً في القاهرة. ويفيد المصنف أن معاملات استبدال الوقف في القاهرة تطبق وتسجل على مذهب الحنابلة في زمنه. ولكن بعض من الناس عند بعض الاختلافات يستفتي من الحكام الحنفية في وقفه الذي أسس على قواعد الحنابلة. ويتقد قاضي زاده هذا، لأن أحكام الوقف في المذهبين مختلفة. إذن لا يجوز تلفيق المذاهب. وينقل صاحب الرسالة أقوال العلماء الحنفية والحنبلية في جواز وعدم جواز الاستبدال. وإلى جانب ذلك يؤكد بأن حكم القاضي الذي سُجِّل لا يُتقَض ما دام موافقاً إلى الكتاب والسنة والإجماع ولو كان حكماً ملفقاً. بعد بيع مال الوقف ببدله بقصد تأسيس الوقف الجديد.

الكلمات المفتاحية: قاضي زاده محمد طاهر، الاستبدال، شرط الواقف، كون الوقف خراباً، فتوى.

Tokatlı Şeyhülislâm Kadızâde Mehmet Tâhir'in İstibdâl Risâlesi (Tahkik ve Tercüme)

Özet: Bu makale, II. Mahmut (ö. 1255/1839) dönemi Osmanlı Şeyhülislamlarından Kadızâde Mehmet Tahir Efendi'nin (ö. 1254/1838) vakıfların mülk veya vakıf mal mükabilinde değiştirilmesi hakkında kaleme aldığı risâlesinin tahkikli neşri ve tercümesinden oluşmaktadır. "Vakıf, Allah'ın mülkü kabul edildiğinden satılması yasaktır." görüşü İslam hukukçularının genel yaklaşımıdır. Vakfın yenilenmesi gerektiğinde değiştirilmesi, kıyamete kadar devamlılığı için oluşturulmuş bir çözümdür. Fûrû-ı fıkhîta vakıf malının tamamının veya bir kısmının genellikle mülk mal, nadiren de vakıf mal karşılığı takas yoluyla değiştirilmesi ya da yeni vakıf kurmak amacıyla vakıf malının satılıp yerine satış bedeliyle mal alınması işlemine istibdâl terimi kullanılmaktadır. Müellif, risâlesinin Kâhire'de hakimlik görevi esnasında kaleme almıştır. O tarihlerde ilgili yerdeki istibdâl-i vakıf uygulamalarının Hanbeli mezhebine göre gerçekleştirildiğini ancak tartışmalı konularda Hanefîlere müracaat edildiğini haber veren yazar, bunu eleştirmektedir. Zira iki mezhebin vakıf hükümleri birbirinden farklıdır. Dolayısıyla telifke gidilmemelidir. Her iki mezhebe göre istibdalin cevazı ve aksi yöndeki kanaatlerin bulunduğunu belirten Kadızâde'nin ısrarla vurguladığı husus, telif de içerse bir mezhebe referansla verilen hüküm Kur'an'a, Sünnet'e ve İcma'ya aykırı olmadıkça bozulamaz.

Anahtar Kelimeler: Kadızâde Mehmet Tâhir, İstibdâl, Vakfedenin şartı, Vakfın işlevini yitirmesi, Fetvâ.

المعلومات المختصرة عن الدراسة

تجب علينا إفادة أن دراسة هذه الرسالة ستنشر بشكل منفصل، لأن حجمها مع هذه المقالة كبير جدا حسب المقالات المنشورة. ومن ثم سنكتب عن حياة المؤلف وعن نسخ الرسالة المعلومات اللازمة القصيرة. وسنبين عملنا في التحقيق والترجمة على شكل عنوان مستقل، لأننا لم نسرده في الدراسة. وبعده نعرض تحقيق الرسالة وترجمتها مع التصريحات.

وُلد قاضي زاده في التوقاد¹ مدينة تركيا عام ١١٧٢/١٧٥٨م مع وجود الروايات الأخرى.² اسم أبيه عمر³ وجده أبو بكر⁴. ودرس أولا عن أبيه الذي كان قاضيا، ثم ذهب إلى إسطنبول ودرس عن العلماء المشهور حيث تم دراسته.⁵ وكان قاضيا في مناطق عدة في أناضولي وروملي.⁶ وتقلد منصب قاضي عسكر الأناضولي عام ١٥ ذي الحجة ١٢٤٠/٣١ يوليو ١٨٢٥،⁷ وتم تعيينه على وظيفة مشيخة الإسلام في الدولة العثمانية بعد مكّي زاده مصطفى عاصم أفندي (ت. ١٢٦٢هـ/١٨٤٦م) في تاريخ ١٣ ربيع الثاني ١٢٤١/٢٥ تشرين الثاني ١٨٢٥،⁸ وتوفي عام ٢٧ رجب ١٢٥٤/١٦ تشرين الأول ١٨٣٨،⁹

ومن آثاره مجموعة الفتاوى، شرح كلمات التوحيد، نورية، تفسير سورة إخلاص.¹⁰ ومجموعة

الرسائل في الفقه.¹¹

- ١ Abdulkadir Altunsu, *Osmanlı Şeyhülislamı, Ayyıldız matbaası, Ankara 1972, s. 186; Mehmet İpşirli, "Kadıızâde Mehmed Tâhir," DİA: TDV yayınları, Ankara 2001, XXIV, 97; Hür Mahmut Yücer, "Tokatlı Şeyhülislam Kadıızâde Mehmet Tahir Efendi ve Tasavvufi Görüşleri," Gaziosmanpaşa Üniversitesi Tokat Tarihi ve Kültürü Sempozyumu Bildirileri, 25-26 Eylül 2014, Tokat, s. 339.*
- ٢ Süleymân Fâ'ik (v. 1838), "Zeylü'z-Zeyl alâ Devhati'l-meşâyih" *Devhatü'l-Meşâyih ve Zeyilleri*, nşr. Emrah Bilgin, basılmamış doktora tezi, Erzurum 2015, s. 416.
- ٣ Abdülaziz Mektûbizâde, (v. 1862), "Zeyl-i Zeyl-i Devhatü'l-Meşâyih," *Devhatü'l-Meşâyih ve Zeyilleri*, nşr. Emrah Bilgin, basılmamış doktora tezi, Erzurum 2015, s. 445.
- ٤ Kadıızâde Mehmed Tâhir, *Mecmûatü'r-resâil fi'l-fikh*, İstanbul Üni. , Nadir Eserler, A 694, 3b.
- ٥ Ahmed Rifat Efendi (Topal) (v. 1876), *Devhatü'l-meşâyih mea zeyl*, İstanbul Belediyesi Atatürk Kitaplığı, Muallim Cevdet 217, s. 128; İpşirli, "Kadıızâde Mehmed Tâhir," s. 97; Yücer, *Kadıızâde Mehmet Tahir Efendi*, s. 339.
- ٦ İpşirli, "Kadıızâde Mehmed Tâhir," s. 97; Yücer, *Kadıızâde Mehmet Tahir Efendi*, s. 339.
- ٧ Süleymân Fâ'ik, *Zeylü'z-Zeyl* s. 417; Mektûbizâde, *Zeyl-i Zeyl* s. 446; Ahmed Rifat, *Devha*, s. 128.
- ٨ Mektûbizâde, *Zeyl-i Zeyl* s. 446.
- ٩ Mehmed Süreyya, (v. 1845), *Sicill-i Osmanî*, Tarih Vakfı Yurt Yayınları 30, İstanbul 1996, haz. Nûri Albayrak, V, s. 1615; Ahmed Rifat, *Devha*, s. 129.
- ١٠ Bursalı Mehmed Tâhir Efendi, (v. 1861), *Osmanlı Müellifleri*, haz. Ali Fikri Yavuz ve İsmail Özen, Merak Yayınevi, Beyazıt, I, 458.
- ١١ Kadıızâde Mehmed Tâhir, *Mecmûatü'r-resâil fi'l-fikh*, İstanbul Üni. , Nadir Eserler, A 694, 3b.

عملنا في التحقيق والترجمة

- وصلنا إلى نسخة المؤلف أو إلى النسخة التي استنسخت منها، وهي نسخة أسعد أفندي. وأيضا وصلنا أربع نسخ للرسالة. حسب فحصنا لا يوجد غيرها. وقابلنا كلها.
- رجحنا أصلية بنسخة أسعد أفندي في مكتبة السليمانية تحت رقم ٩٢١ بين ورقة ١٦١ و-١٦٤ داخلية في مجموعة تشمل على فتاوى المؤلف.
- أسماء النسخ ورموزها هكذا: ١. مكتبة السليمانية، أسعد أفندي برقم ٩٢١؛ أ. ٢. مكتبة مانيسا، زينل زاده، Ak٤٤٥ ٤٥Za؛ ز. ٣. مكتبة جامعة إسطنبول، الكتب النادرة، A ٦٩٤؛ ج. ٤. مكتبة السليمانية حاجي محمود أفندي، ١٠٧٣؛ ح.
- كتبنا في المتن ما ذكرت في النسخة الأصلية. وعند ما ثبت لنا أن فيها خطأ وضعنا الصحيح في المتن مع الإشارة في الهامش خصوصا بالنسخة الأصلية.
- أضفنا الكلمات اللازمة في التحقيق والترجمة مع الإشارة بالقوسين المعقوفين.
- راجعنا وقابلنا وأشرنا حسب طاقتنا كل المصادر المذكورة في المتن ومنهوات المصنف ولو كان مخطوطا.
- كتبنا الكلمات التي اختصر قاضي زاده بشكل كامل في المتن. مثلا كلمة لانم: لا نُسَلِّم.
- أشرنا رقم ورقة النسخة الأصلية في التحقيق والترجمة بالقوسين المعقوفين.
- وضعنا في الهامش العبارات كلها في منهوات المصنف المكتوبة في هوامش النسخ الأربعة مع الإشارة إلى نسبته لقاضي زاده بخط غامق.
- سردنا تواريخ وفيات الأشخاص المذكورة في المتن هجريا وميلاديا.
- شرحنا الكلمات الغريبة والعبارات المغلقة.
- وصلنا إلى فكرة أن فروق النسخ قليلة جدا.
- بذلنا الجهد الكثير في الترجمة اللفظية مع مراعاة المتن.
- كتبنا الألفاظ المهمة بخط غامق.

النص المحقق

[الأقوال المرضية في الفتاوى الأقطار المصرية]¹²

[١٦١ ظ] بسم الله الرحمن الرحيم

أَللَّهُمَّ¹³ إِيَّاكَ نَعْبُدُ وَإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ، وَلَكَ نَحْمَدُ فِي كُلِّ أَوْقَاتٍ وَحِينَ، اهْدِنَا الصِّرَاطَ الْمُسْتَقِيمَ، صِرَاطَ الَّذِينَ أَنْعَمْتَ عَلَيْهِمْ مِنَ الْأَنْبِيَاءِ وَالْمُرْسَلِينَ وَالْعُلَمَاءِ الْكَمَلِينَ. وَهَبْ لَنَا مِنْ لَدُنْكَ عِلْمًا فَنَشَأَ هَدْيُهُ أَسْرَارَ الْأَحْكَامِ وَالْيَقِينِ وَأَنْوَارَ الْمُتَّقِينَ. وَأَرِنَا الْحَقَّ حَقًّا وَالْبَاطِلَ بَاطِلًا حَتَّى لَا نَكُونَ

١٢ هذا العنوان مذكور في متن الرسالة، ولأجل ذلك أشرته بالقوسين المعقوفين. اسم الرسالة على ما يرى عامًّا جدًّا، لأن موضوع الرسالة في الاستبدال خاصة. جرى بين المؤلف وبين رؤساء علماء القاهرة في هذا الموضوع مباحثاتٌ عظيمةٌ، وفي النهاية غلب المؤلف عليهم على ما أفاد المؤلف. ومحمّل أن يطلق العنوان إشارة إلى هذا. إذن لعلّ بيان العنوان هكذا: الأقوال في مسألة الاستبدال التي قبلها علماء مصر في الفتاوى.

١٣ قوله أَللَّهُمَّ: أي يا الله فمعناه ههنا: يا منجي، إذا المقام يقتضي تلك المناجاة. فإذا قال الغريق مثلا: يا الله، فمعناه: يا منجي ويا منقذ. وصاحب الأمل إذا قال فمعناه: يا شافي أو يا معافي أو ما أشبه ذلك كما حقق العارف بالله الشيخ محي الدين العربي قدّس سرّه في مکتوبه المرسله إلى الإمام فخر الدين الرازي. فإن قيل: لم صدرت رسالتك بكلمة اللهم الذي معناه: يا منجي؟ قلنا: وقع بيني وبين علماء مصر المحروسة مباحثة عظيمة في شأن الاستبدال الذي كتبت الرسالة في حقه وتعمّقت في العلوم لإظهار الحق ودفعتمّ تموجات اعتراضاتها التي وقعت عليّ مثل تموج البحر (أ؛ ج: أي في بحر العلوم. منه رحمه الله) المتلاطم الأمواج، والله سبحانه وتعالى خلّصني من شرورهم وأقوالهم الكاسدة، ولذا صدرت بكلمة اللهم إشارة إلى نجاة الله تعالى من تغلّبهم بعونه وكرمه. واعلم؛ أي كنت نائبا بمصر القاهرة سنة تسع بعد المائتين وألف من هجرة من له الشفاعة. وجاءوا يوما إلى المحكمة جمًّا غفيرا لأجل المرافعة الواقعة بين واحد من الفلاحين وبين ناظرة وقف من أوقاف القاهرة بالوقفية المعمولة بها. والرجل الفلاخ يدعي أنني من أولاد الواقف. والناظرة بهذا الوقف استبدل أرضا من أراضي الوقف المذكورة بالدراهم مع أن الواقف شرط عدمه. فهذا الاستبدال باطل. قلت: هل عندك شهودٌ على أنك من أولاد الواقف حتى تصيرَ خصمًا؟ قال الفلاخ: عندي شهود حاضرٌ وأتى بها وأثبت بها أنه من الأولاد، ثم قال الفلاح: هذا الاستبدال باطل لأن شروطه مفقودٌ هنا، وأيضا الحجّة المكتسبة في حقه باطلٌ. وأخرج من عنده فتاوى الشيوخ من المذاهب الأربعة. ثم قلت: مُرَادُكَ من البطلان على أيّ مذهب كان من المذاهب الأربعة، قال الفلاح: مرادي منه على مذهب أبي حنيفة. وقلت في جوابه هذا الاستبدال مبني على مذهب الحنيلي، وجميع الاستبدال الواقعة في مصر مبني على مذهبه، وأنت تريد الإبطال بالأقوال الواقعة في مذهب أبي حنيفة خلطًا بالمذهبيين كما ذكرناه مفصلاً في الرسالة. وذهب الرجل المرقوم إلى الشيخ الشرقاوي هو رئيس الشيوخ في مصر في ذلك الوقت، واشتكى مني. وأراد استئناف دعواه عند حضور الشيوخ وجميع جميع العلماء من المذاهب الأربعة في بيت ذلك الشيخ وطلبني بتذكرة شيخ البلد في تلك الوقت. واني ذهبتُ بالعرّ والوقار إلى بيت الشيخ المذكور، والحصان حاضران عند الشيوخ، واستمعتم الدعوى بينهما وجرى بيني وبين الشيوخ الحاضرين مباحثة عظيمة ولكن الله سبحانه غلّبني على جميعها بتوفيق الله تعالى (ز؛ ج: قوله بتوفيق الله تعالى انتهى. ذكر اسمه مظهرًا للتلذذ وللتعظيم. منه رحمه الله) وأظهرتُ الحقّ واعترفوا جميعهم لكن رأيتُ في المنام قبل يوم من وقوع هذه الحادثة رؤيا كأنني واقع في مسجد خراب من المساجد وفيه قوم يجتمعون لتحرير القبلة ولم يعرفوا القبلة وجاءني واحد منهم وسألني القبلة، ثم نظرتُ أطراف المسجد وعلامة القبلة غير موجودة فيه، ثم نظرتُ إلى سقف المسجد وهو مكشوفٌ ورأيتُ الشمس وتحرّيتُ ووجدتُ القبلة فقلتُ اهتداءً: يا قوم هذه قبلة فقلوا جميعًا: لا ثمّ. أفهمتُ وغلّبتُ عليهم وصليتُ ركعتين لدخول المسجد وأيقظني الله سبحانه من المنام وبعد يوم ظهر هذه الحادثة، وألّفتُ هذه الرسالة. منه رحمه الله. (في جميع النسخ)

من الضالين، وانصرنا على القوم الجاحدين الخاسرين، وعلى المفتين¹⁴ الجاهلين الساترين،¹⁵ وصل وسلم على نبيك محمد سيد الأولين والآخرين وعلى آله وأصحابه أجمعين.

وبعد؛ فيقول: محمد طاهر بن عمر بن أبي بكر الحنفي - كشف الله له أسرار أحكام الشريعة المصطفوية¹⁶ - إن أكثر المفتين¹⁷ بالقاهرة لما أفتوا بصحة الاستبدال بناءً على مذهب الحنبلي رضي الله عنه، وتارة أفتوا بعدم صحته بناءً على مذهب الحنفي رضي الله عنه، وخالطوا بعض المذهب على الآخر لعدم تمييزهم مع أن الاستبدال بالقاهرة دائماً يقع على مذهب الحنبلي رضي الله عنه. فأنا أحرر هذه الرسالة اللطيفة المتضمنة لأسئلة المتحيرين، وأبين لهم محل غلطهم بياناً كافياً أصلاً وفتحاً عقلاً¹⁸ وشرعاً، وأجيب لهم [١٦٢ و] جواباً شافياً جديلاً¹⁹ وتحقيقاً. وسميتها بالأقوال المرضية في الفتاوى الأقطار المصرية، واختصرتها على أوراق إيجازاً ليكون فائدتها عميماً، ونسأل الله أن يهدينا صراطاً سوياً ويرشدنا طريقاً مستقيماً إنه كان بعباده غفوراً رحيماً.

اعلم أيها الأخ الأعزّ رحمك الله في الدنيا والعقبى؛ إن نظرت بعين الإنصاف والرضاء لا بعين السخط والبغضاء فأنت²⁰ تعلم حقيقة الحال، لكن تحقيق هذا المقام على وجه الصواب والمرام يقتضي زيادة بسط في الكلام. - وباللّٰه التوفيق -²¹

أقول: إن العلامة الشُّمْنِيّ (ت. ٨٧٢هـ/١٤٦٨م) قال في شرح النقاية ”وصحّ عند أبي يوسف شرط الواقف، أن يستبدل بالوقف أرضاً أخرى إذا شاء، ويكون وفقاً مكانه.“ والقياس أن لا يصح الوقف ولا الشرط، وهو قول الشافعي وأحمد لأنه شرطٌ منافٍ لمقتضى الوقف فكان إبطالاً له. ووجه الاستحسان أن فيه تحويل الوقف إلى ما يكون خيراً منه أو

١٤ جميع النسخ: المفتين.

١٥ أي: الجاهل الذي يستر عيوبه.

١٦ جميع النسخ: المصطفوي.

١٧ جميع النسخ: المفتين.

١٨ ح: وعقلاً.

١٩ أي أسلوب جديلي كما بين المؤلف في هامشَيْن منه رحمه الله. انظر: أ١٦٣؛ ج ٥، ص ٥.

٢٠ جميع النسخ: أنت.

٢١ يفهم أن المخاطب من قول 'اعلم'؛ 'إن نظرت'؛ 'فأنت تعلم' أحد العلماء الذين جرى بينهم وبين المؤلف مباحثات عظيمة أو الرجل الفلاح المدعي. كما أفاد قاضي زاده في سبب تأليف الرسالة في قيد 'منه' الأول.

مثله²² فكان تقريراً للوقف لا إبطالاً له. وعند محمد وأهل البصرة؛ وهو وجه عن أحمد؛ أن الشرط باطلٌ والوقف جائزٌ لأن هذا شرط يمنع من زوال الملك قرابة إلى الله تعالى ويتم الوقف بدونه فكان فاسداً. كما لو شرط أن يصلي في المسجد قوم دون قوم فإن الشرط باطلٌ ووقف المسجد صحيحٌ. وفي شرح الكتر: ولو شرط أن يستبدل به أرضاً أخرى إذا شاء أو شرط الخيار لنفسه ثلاثة أيام، فهو على الخلاف. فعند محمد؛ اشترط ذلك يمنع من التقرب بإزالة الملك لله تعالى خلافاً لأبي يوسف بخلاف ما لو²³ شرط أن يكون الثمن له أو أن يتصدق به لا يجوز الوقف أصلاً. وكذا لو شرط الخيار وهو مجهولٌ في [١٦٢ ظ] رواية، وفي رواية²⁴ يجوز الوقف ويبطل الشرط. وفي شرح الوقاية لا منافاة بين صحة الوقف وبين الاستبدال عند أبي يوسف، فإنه يجوز الاستبدال في الوقف من غير شرطٍ إذا ضعف عن الربيع. ونحن لا نفتي به فقد شاهدنا في الاستبدال من الفساد ما لا يعد ولا يحصى. انتهى.²⁵

وأنت خيرٌ بأن الاستبدال بالقاهرة يقع على مذهب الحنبلي، ثم يتصل بحاكم حنفي فينفذه لأنه إذا حكم القاضي في مسألة مجتهدٍ فيه غير مذهبه ينفذ إلا في تسع وعشرين²⁶ مسألة²⁷ نص أصحابنا²⁸ وصرح في الوهبانية وشرحها "تفويض القاضي في مسألة لا يراها إلى

٢٢ عطف على 'منه'.

٢٣ ح: هو.

٢٤ ج- وفي رواية.

٢٥ بالتصرف: كمال الدراية في شرح الوقاية (الوقاية)/شرح مختصر الوقاية لأبي العباس تقي الدين أحمد بن محمد بن محمد بن الشمني القسطنطيني القاهري، مكتبة السليمانية، فاضل أحمد باشا ٦١٣، ٣٠٣ و.

٢٦ ومسألة الاستبدال خارجه عنها. منه رحمه الله. (في نسخة أ)

٢٧ جميع النسخ: تسعة وعشرين مسألة. لكن الألفاظ العقود من عشرين إلى تسعين إذا عطف بالواو على ثلاثة إلى تسعة يكون العدد المعطوف عليه عكسا للمعدود في التأنيث والتذكير. التطبيق الحوي للدكتور الراجحي، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٢٠/١٩٩٩، ص ٤٠٠-٤٠١.

٢٨ قوله "إلا في تسع وعشرين مسألة نص أصحابنا. انتهى." أقول: نص أصحابنا بعدم نفاذها بإمضاء الحنفية في تسع وعشرين مسألة. ١: لو قضي ببطلان الحق بمضي المدة. ٢: أو بالتفريق للعجز عن الإنفاق غائباً على الصحيح كما قدمنا لا حاضراً. ٣: أو بصحة نكاح مزنية أبيه. ٤: أو ابنه عند أبي يوسف. ٥: أو بصحة نكاح أم مزنيته أو بنتها أو بنكاح المتعة. ٦: أو بسقوط المهر بالتقادم. ٧: أو بعدم تأجيل العتق. ٨: أو بعدم صحة الرجعة بلا رضاها. ٩: أو بعدم وقوع الثلاث على الحبل. ١٠: أو بعدم وقوعها قبل الدخول. ١١: أو بعدم الوقوع على الحائض. ١٢: أو بعدم وقوعه على الموطنة عقبه. ١٣: بنصف الجهاز إن طلقها قبل الوطء بعد المهر والتجهيز. ١٤: أو بشهادة بخط أبيه أو في قسامة تقتل. ١٥: أو بالتفريق بين الزوجين بشهادة المرضعة. ١٦: أو قضي لولده أو رفع إليه حكم صبي أو عبد أو كافر أو الحكم بتخجر سفيه. ١٧: أو بصحة بيع نصيب الساكت (وفي جميع النسخ: الساكن، ولكن هذا لا يناسب كما ذكرت كلمة الساكت في رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، لا بن عابدين، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢/١٩٩٢م، ٤/٤٩٤) من قن حرره. ١٨: أو ببيع متروك التسمية عامداً. ١٩: أو ببيع أم الولد على الأظهر وقيل: ينفذ على الأصح. ٢٠: أو ببطلان عفو المرأة عن القود. ٢١: أو بصحة ضمان الخلاص. ٢٢: أو بزيادة أهل المحلة في معلوم الإمام من أوقاف المسجد. ٢٣: أو بحل

من يراها فالصحيح أنه ينفذ وبه يفتى.²⁹

فإن قيل: إن الاستبدال لا يجوز³⁰ ولا يوجد في مذهب الحنبلي فلا يصح بناء الاستبدال على مذهبه رحمه الله.

قلنا: ³¹ صرح في معراج الدراية ”يجوز بيع الوقف عند الإمام أحمد رضي الله عنه من غير شرط ولا خراب ويشترى بثمنه ما هو خير منه قائماً مقامه.³²“

المطلقة ثلاثاً بمجرد عقد الثاني. ٢٤: أو بعدم ملك الكافر مال المسلم بإحرازه بدراهم أو ببيع درهم بدرهمين يدا بيد. ٢٥: أو بصحة صلاة المحدث. ٢٦: أو بقسامة على أهل المحلة بتلف مال. ٢٧: أو بحذ القذف بالتعريض. ٢٨: أو بالقرعة في عتق البعض. ٢٩: أو بعدم تصرف المرأة في مالها بغير إذن زوجها لم ينفذ في الكل. هذا ما حررته من البرازية والعمادية والصريفية والتاتارخانية. كما في الفوائد الزينية: لا يُقضى غائب إلا أن يحضر معه خصمه أو من قيمه ولو أنكر ثم غاب فذلك لأن المعتبر مقام الإنكار وقت القضاء [وفيه. الهداية في شرح بداية المبتدي لأبي الحبن برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني (ت. ٥٩٣/١١٩٧م)، محقق: طلال يوسف، بيروت، دار إحياء التراث، ١٠٧/٣] خلاف أبي يوسف. ومن يقوم مقامه قد يكون بإنابته أو بإبانة الشرع كالوصي من القاضي، وقد يكون حكماً [عطف على أن يحضر البحر الرائق شرح كثر الدقائق لزين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري المعروف بابن نجيم (ت. ٩٧٠/١٥٦٣م)، دار الكتب الإسلاميين الطبعة الثانية، ٢٠/٧] بأن كان ما يُدعى على الغائب سبباً لما يُدعى على الحاضر. أما إذا كان شرطاً لحقه فلا عبرة في جعله خصماً على الغائب. ويبنى على هذا الأصل مسائل من معين المفتين. منه رحمه الله. (في جميع النسخ) انظر للتفصيل: رد المحتار لابن عابدين، ٤/٤٩٢-٤٩٨.

٢٩ تفصيل عقد الفرائد (الفوائد) بتكميل قيد الشرائع لأبي البركات سري الدين عبد البر بن محمد بن محمد الحلبي (ابن الشحنة) (ت. ٩٢١/١٥١٥م)، مكتبة السليمانية، جار الله ٧٥٢، ١١٢-و-١١٢ ظ. هذا شرح لكتاب قيد الشرائع ونظم الفرائد (منظومة ابن وهبان لابن وهبان).
٣٠ قوله ”فإن قيل: إن الاستبدال لا يجوز. انتهى.“ هذا نقض على قوله أن الاستبدال بالقاهرة يقع على مذهب الحنبلي. انتهى. حاصله أن بناء الاستبدال على مذهب الحنبلي غير صحيح لأنه لا يجوز، ولا يوجد في مذهبه. منه رحمه الله. (في جميع النسخ)
٣١ وقوله ”قلنا يمتثل أن يكون متعاً أو معارضة.“ وعلى الأول فلا نسلم عدم تجويزه وعدم وجوده في الكتب. كيف؟ أن هذا مصرح به في معراج الدراية جواز بيع الوقف عنده من غير شرط ولا خراب. وعلى الثاني فبناء الاستبدال على مذهبه صحيح لأنه صرح في معراج الدراية هكذا. منه رحمه الله. (في جميع النسخ)

٣٢ بالمعنى: معراج الدراية إلى شرح الهداية لمحمد بن محمد سنجاري قوام الدين الكاكي (ت. ٧٤٩/١٣٤٨م)، مكتبة السليمانية، عاطف أفندي ٩٧٦، ٤٧٦ ظ. المنقول في هذا الكتاب هكذا: ”سئل شمس الأئمة الحلواني عن أوقاف المسجد إذا تعطلت وتعذر استغلالها. هل للمتولي أن يبيعه ويشترى بثمنها مكانها أخرى؟ قال: نعم. وبه قال أحمد وقال يجوز قبل أن يتعطل ولكن يؤخذ بثمنها ما هو خير منها.“ ولكن في بعض المواضع في شرح الهداية للكاكي عدم جواز الاستبدال عند أحمد بن حنبل مطلقاً وفي رواية أخرى عنه: إذا لم يشترط الواقف الاستبدال كانت الولاية للقاضي. وهذه العبارات: ”شرط الاستبدال جائز عند أبي يوسف وهلال والحصاف استحساناً. والقياس أن لا يجوز الوقف ولا الشرط، وبه قال الشافعي وأحمد لأنه شرطٌ منافٍ لمصلحة الوقف... وقد نصّ فيه أي نصّ بالجواز على قول أبي يوسف وهو قول هلال والحصاف. وقال قومٌ أي بعض المشايخ: وإن لم يشترط لم تكن أي الولاية له بل للقاضي. وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية.“ (٤٧٥) وبالإضافة إلى ذلك نقل قاضي زاده محمد طاهر في هذه الرسالة عكس ما يقوله الآن بقوله: ”أقول: إن العلامة الشافعي قال في شرح النقاية ”وصح عند أبي يوسف شرط الواقف أن يستبدل بالوقف أرضاً أخرى إذا شاء، ويكون وفقاً مكانه. والقياس أن لا يصح الوقف ولا الشرط، وهو قول الشافعي وأحمد لأنه شرطٌ منافٍ لمقتضى الوقف فكان إبطالاً له...“ وفي موضع آخر من معراج الدراية ذكر قول أحمد من جواز الاستبدال الذي يجب: ”قوله واستغنى عنه على بناء المفعول أي استغنى أهل المحلة عن الصلاة فيه يبقى مسجداً عند أبي حنيفة وبه قال الشافعي رحمه الله ومالك، وقال أحمد: جاز نقضه وصرف آله إلى مسجد آخر، وفي الدار الموقوفة جاز بيعها وصرف ثمنها إلى وقف آخر عند أحمد لأن الوقف مؤبد فإذا لم يكن تأبيده على وجه تخصيصه استبقينا الغرض وهو الانتفاع على الدوام في عين آخر بالاستبدال“

فلو سُلم³³ أن الاستبدال لم يصحَّ عند أئمة الحنفية ولا يلزم من عدم صحته في مذهب³⁴ الحنفية عدم صحته في مذهب الحنبلي. فقد قضى القاضي في مسألة اجتهادية لأن بيعه جائزٌ عند الإمام أحمد رضي الله عنه، فيُنْفَذُ القاضي ولو كان القاضي حنفياً.

ومن الغرائب والعجائب أن أهل المصر³⁵ إنما يستبدلون الأوقاف بناء على مذهب الحنبلي ثم يعترضون باختلافات الواقعة في مذهب الحنفية، مع أن أكثر أوقاف القاهرة أولاً غير صحيحة³⁶ فضلاً عن يكون رعاية شروطه لأن أصلها من الاستبدال ونقل الكلام إليها. وهلمَّ جرّاً. [١٦٣ و]

[إذا كان الأمر كذلك] يلزم التسلسل أو يعود إلى نفسه يلزم الدور وهما باطلان. وعلى تقدير صحته³⁷ يجوز الاستبدال عند أبي يوسف من غير شرط³⁸.

فإن قلت: إن الواقف شرط أن لا يستبدل وقفه.

قلت: هذا لا يصلح أن يكون مانعاً للاستبدال عند وجود شرطه كما صرح العلامة

- (٤٧٥ ط-٤٧٦ و). وفي متن في المذهب الحنبلي مثلاً في مختصر الخرقى: “وإذا خرب الوقف ولم يرد شيئاً يباع واشترى بثمنه ما يرد على أهل الوقف وجعل وفقاً كالأول وكذلك الفرس الحابس إذا لم يصلح للغزو واشترى بثمنه ما يصلح للجهاد.” (المختصر/متن الخرقى على مذهب أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني لأبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله الخرقى (ت. ٣٣٤هـ)، دار الصحابة للتراث، ١٤١٣/١٩٩٣، ص ٨١)
- وقوله “فلو سلم” جواب بالمنع عن السؤال الوارد على قوله ثم يتصل بحاكم حنفي فينفذه. وحاصل السؤال أن تنفيذ الحنفي باطل لأنه غير جائز في مذهبه. وحاصل الجواب أولاً أننا لا نسلم أن الاستبدال كونه غير جائز في مذهبه الحنفية مع وجود شرط. فلو سلم أنه غير جائز في مذهب الحنفية، ولا يلزم من عدم صحته في مذهبه عدم صحته في مذهب الحنبلي رضي الله عنه ويصحّ تنفيذه عندنا. منه رحمه الله. (في جميع النسخ)
- ح: من مذهب.
- قوله “ومن الغرائب والعجائب أن أهل المصر إلى آخره.” فيه ردُّ على مبطل الاستبدال لأنه خلط بعض المذهب بالمذهب وهو لا يجوز وفيه أيضاً إشارة إلى محل غلطهم كما أوعدناه فيما سبق من أنه أبيت محل غلطهم. انتهى. منه رحمه الله. (في جميع النسخ)
- قوله “مع أن أكثر أوقاف القاهرة أولاً غير صحيحة. انتهى.” هذا إشارة إلى الجواب الجدلّي كما أوعدناه في البداية من أنه وأجيب لهم جواباً شافياً جدلاً وتحققاً. منه رحمه الله. (في جميع النسخ)
- قوله “وعلى تقدير صحته. انتهى.” أي على تقدير صحة وقف من أوقاف القاهرة. منه رحمه الله. (في نسخة ز؛ ج)
- عبارة المصنف “مع أن أكثر أوقاف القاهرة أولاً غير صحيحة” يجب أن يفهم على مذهب الحنفية، لأن المعنى: أن أهل مصر بعد استبدالهم بأوقافهم يعترضون عن مسائلهم في الاستبدال على قواعد الحنفية، ولكن قواعد المذهبين في الوقف مختلفة حتى يلزم من بعض الفروق عدم صحة الوقف. وأكتب الفروق التي وجدت. ١- الوقف يتعدى بالفعل والقول عند الحنابلة، وبالفعل في المسجد عند الأحناف. ٢- إذا وقف الواقف يخرج من ملكه عند الحنابلة ولا يخرج عند أبي حنيفة إلا في المسجد. ٣- وقف المنقول مشروع في الأصل عند الحنابلة وفي الأحناف في بعض الأحوال. ٤- وقف النقود صحيح في الحنبلية، ولا يصح عند الحنفية إلا عند زفر رحمه الله. انظر: “مسائل في فقه الوقف” للعايشي صادق فداد، دورة دور الوقف في مكافحة الفقر، معهد الإسلامي للبحوث والتدريب: البنك الإسلامي للتنمية، جدة، ١٦-٢١ مارس ٢٠٠٨، ص ١١-١٤.

الطرسوسي³⁹ (ت. ٧٥٨/١٣٥٧م) لأن فيه تحويل الوقف إلى ما يكون خيراً منه، فكان تقريراً وتثبيتاً للوقف لا إبطالاً له.

فإن قلت: شرط الواقف كنصّ الشارع يجب أتباعه.

قلت: شرط الواقف كنصّ الشارع إذا كان موافقاً بالشرع. وأمّا إذا كان مخالفاً به فلا يجب أتباعه. والحال أن هذا الشرط باطلٌ كشرطه، أن لا نظر للسلطان والقاضي في وقفه، كذا ذكره قاضيخان (ت. ٥٩٢هـ/١١٩٦م).⁴⁰

وإذا عرفت هذا فاعلم أن المتولي أو الناظر إذا استبدل شيئاً من الوقف بالملك أو بالدرهم والدنانير يرأي الحاكم؛ يعني: إذا ثبت عند حضور من يرى الاستبدال الحظّ والمصلحة إلى جهة الوقف فليس للحاكم الآخر أن ينقضه لأنه محكومٌ بصحته⁴¹ بشهادة الشهود. وكلُّ محكومٍ بصحته لا ينقضه⁴² حاكمٌ آخر لأن قضاء القاضي يُحمّل على السداد ما أمكن ولا ينقض بالشكّ. وفي شرح المنظومة: ”لو قضى القاضي في مجتهد فيه ثم رأى خلافه ليس له أن يرجع عن حكمه، ولا لغيره أن ينقضه ما لم يخالف الكتاب والسنة والإجماع.“⁴³

فإن قيل: إن هذا الاستبدال ليس بصحيحٍ لأنه غير جامعٍ لشروطه إذ من أعظم شروطه خرابية العقار. وههنا مفقودٌ وكل شيءٍ شأنه كذلك ليس بصحيحٍ فهذا الاستبدال ليس بصحيحٍ. قلنا: من طرف الحاكم الأوّل لا نسلم صغراك؛ يعني: لا نسلم⁴⁴ أن هذا غير جامعٍ لشروطه. كيف؟ وقد [١٦٣ ظ] ثبت بالشهود وحكم بموجبه بظاهر شهادة الشهود مع أن جميع الحكام يحكمون بالظواهر، إذ العلم بحقيقة الحال مختصّ بالله تعالى. ولئن سلّمنا أن

٣٩ بالمعنى: أنفع الوسائل إلى تحرير المسائل/الفتاوى الطرسوسية لنجم الدين إبراهيم بن علي بن أحمد بن عبد الصمد الطرسوسي، بنشر مصطفى محمد خفاجي، مطبعة الشرق، ١٩٢٦/١٣٤٤، ص ١١٥-١١٦.

٤٠ بالتصرف: فتاوى قاضيخان لأبي المحاسن فخر الدين حسن بن منصور بن محمود الأزجندي الفرغاني، طبعة كلكتا، الهند، ١٨٣٥م، ٢٣١/٤. ح: بصحة.

٤١ قوله ”وكلُّ محكومٍ بصحته لا ينقضه انتهى.“ ”فيه منعٌ ظاهر كما لا يخفى، ويمكن أن يقال إن المراد بقولنا وكلُّ محكومٍ بصحته ما دام حكمه صحيحاً لا ينقضه حاكمٌ آخر. منه رحمه الله. (في جميع النسخ)

٤٢ تفصيل عقد الفرائد لابن شحنة، ١١٠ ظ.

٤٤ ز- لا نسلم.

هذا غير جامع لشروطه، ولكن لا نسلم الكبرى. كيف نسلم؟ إذ لا يلزم من عدم شروطه كون الاستبدال غير صحيح، إذ يجوز بيع الوقف من غير شرطٍ ولا خرابٍ في مذهب الحنبلي. فإن قلت: إن هذا الاستبدال أيضا ليس بصحيح وكذا الحكم بصحته باطل لأنه مبني على الباطل وكل شيء مبني على الباطل فهو باطل فهذا الاستبدال ليس بصحيح والحكم بصحته باطل.

قلنا: من طرف الحاكم الأول أيضا في جوابه بعناية الله تعالى. أولا أنا لا نسلم صغراك؛ يعني: لا نسلم أن هذا⁴⁵ الاستبدال مبني على الباطل. كيف نسلم؟ وقد قضى القاضي بصحته. ومن القاعدة المشهورة أن قضاء الحاكم مصون عن الإبطال لأن القضاء لا ينقض ما لم يظهر الخطأ بيقين. ولئن سلمنا أن هذا الاستبدال مبني على الباطل لكن لا نسلم أن من كل شيء مبني على الباطل كونه باطلا. كيف نسلم؟ إنما يتم هذا إذا لم يتبين⁴⁶ على مذهب من يرى الاستبدال من غير شرطٍ ولا خرابٍ. وأيضا هذا إذا لم يتضمن⁴⁷ ضررا كليا مؤديا إلى إتلاف أموال المسلمين. وهذا الاستبدال مبني على مذهب من يراه من غير شرطٍ ولا خرابٍ⁴⁸. وإبطال هذا بالبديهة يتضمن ضررا وفسادا عظيما. ودفع مضرة العامة المسلمين⁴⁹ أحسن وأولى من تفتيش شروطه والقصد إلى إبطاله خصوصا بعد مرور السنين العديدة. قال أبو السعود (ت. ٩٨٢هـ/١٥٧٤م): ”الدعاوي إذا تركت من غير عذر [١٦٤و] شرعي خمس

٤٥ - ز - هذا.

٤٦ جميع النسخ: لم يتبين. ولكن فعل يتبين مضارع ولم أداة جازمة وعلامة جزمه حذف الياء.

٤٧ قوله ”وأیضا هذا إذا لم يتضمن. انتهى. ”هذا جوابٌ جلدی أيضا، فتدبر. منه رحمه الله. (في نسخة ز؛ ح)

٤٨ - وأيضا هذا إذا لم يتضمن ضررا كليا مؤديا إلى إتلاف أموال المسلمين. وهذا الاستبدال مبني على مذهب من يراه من غير شرطٍ ولا خرابٍ.

٤٩ قوله ”ودفع مضرة العامة المسلمين. انتهى. ”إذ من القاعدة المشهورة أن درء المفسدة المتحققة أولى من جلب المنفعة المتوقعة. منه رحمه الله.

(في جميع النسخ)

عشرة سنة⁵⁰ لا تسمع بلا أمر سلطان.⁵¹“

وأما مجرد⁵² الطعن⁵³ بالشهود فلا يقبل، وأما الشهادة على عمارة المحلّ المستبدل بعد الاستبدال فلا يقبل أيضًا، إذ يحتمل أن يكون المحلّ قبل الاستبدال خرابًا وبعده يجوز أن يكون معمورًا بالتعمير الجديد، ولا يلزم من الشهادة في هذا الوقف⁵⁴ أن المحلّ مثلًا ليس بخراب⁵⁵ كونه معمورًا قبل الاستبدال.⁵⁶ وأما إذا شهدت الشهود أن المحلّ المستبدل ليس بخراب قبل الاستبدال فلا يقبل أيضًا، إذ هي شهادة على النفي، والشهادة على الإثبات أولى من الشهادة على النفي مع أن هذه الشهادة⁵⁷ على النفي المجرد وهي غير مقبولة.

وأما قول بعض المتعصين وهو: أن ريع⁵⁸ الوقف وقت الاستبدال كان كذا فمردودٌ، لأنه لا ينفي جميع وجوه الاستبدال لأنه⁵⁹ لا يلزم من نفي الخاص نفي العام، كقولنا: الانسان غير موجود في هذا المكان ولا يلزم منه أن لا يكون الحيوان موجودًا فيه لجواز أن يكون الفرس مثلًا موجودًا فيه لأن الحيوان أعم منه.

واعلم أن هذا المتعصّب توهم أن المسوّغ للاستبدال منحصرٌ في خراب العين وليس

٥٠ أ؛ ز: خمسة عشر. ج؛ ح: خمسة عشرة. والصواب ما أثبتته لأن كلمة سنة مؤنثة كما قال سيبويه. وفي العدد المركب من ثلاثة إلى تسعة مع العشرة يكون الجزء الأول عكسًا للمعدود في التأنيت والتذكير كما قال صاحب كتاب التطبيق النحوي. انظر: الكتاب لعمر بن عثمان قنبر الحارثي بالولي أبو البشر السيبويه (ت. ١٨٠/٧٩٦)، تحقيق: عبد السلام هارون، القاهرة، مكتبة الخانجي، الطبعة الثالثة، ١٤٠٨/١٩٨٨، ٣/٥٩٩؛ التطبيق النحوي للراجحي، ص ٣٩٩.

٥١ Ebüssüüd Efendi, Şeyhülislam, *Ma'rûzât*, haz. Pehlül Düzenli, Klasik yay. 2013, 1. baskı, İstanbul, Osmanlılarda hukuk ve toplum 4, s. 159. هذا النقل بحروف عثمانية، لعل قاضي زاده محمد طاهر ترجمه إلى العربية ثم نقل. نشر بهلول دزني هذا الكتاب بعد جمع النسخ. ولأجل الفرق في هذا النقل بين النسخ أكتب ما قال في متن كتاب المعروضات بنشر بهلول دزني: On üç yıl beş yıl gayr-i özri şer'î te'hîr olunan davalar emr-i şerîf olmayınca istimâ olunmaya. وفي نسخة بغدادية وهي في قسم ٣/٥٥١ ورقة ١٢٠ على ما أفاد بهلول دزني في الماشح في الخامس on beş yıl موافقًا لما قال قاضي زاده محمد طاهر في متن الرسالة.

٥٢ إضافة المجرد إلى الطعن من قبيل إضافة الصفة إلى موصوفها. منه رحمه الله. (في جميع النسخ)

٥٣ أي الطعن المجرد عن اعتبارات الشرعية. منه رحمه الله. (في جميع النسخ)

٥٤ أ؛ ز؛ ح؛ هـ: الوقت.

٥٥ أداة أن مع أسمه وخبره مفعول به للشهادة.

٥٦ لفظ 'كونه' فاعل لفعل 'لا يلزم'.

٥٧ ز؛ ح + شهادة.

٥٨ الريع: الغلّة، والغلّة: الدخل من كراء ونحوه. معجم الوسيط للمجمع، «ريع؛ غلّل»

٥٩ هذا تعليل للتعليل الأول. يعني أن ادعاء وجود ريع الوقف غاية إبطال عقد الاستبدال غير مقبول، لأنه لا يلزم من هذا عدم وجود حال لجواز الاستبدال. حيث هذا الادعاء يفيد إزالة مسوغ واحد ولكن المسوغات الشرعية للاستبدال غير منحصرة به.

كما توهمه، بل يجوز استبدال الوقف المعمور في مسائل. الأولى: أن يشترطه الواقف فيجوز اشتراطه على قول أبي يوسف وهو الصحيح كما ذكرناه فيما سبق. الثانية: ”أن يجحده الغاصب ولا يبيّن للوقف فيجوز القيمة وتشتري بها بدل“ كما في قاضيخان.⁶⁰ الثالثة: ”أن يرغب إنسان فيه ببدلٍ أكثر غلّة⁶¹ وأحسن محلّة فيجوز استبداله به على قول أبي يوسف وعليه الفتوى“ كما في فتاوى المحقق مولانا عمر قارئ الهداية⁶² (ت. 829هـ/1426م) تلميذ مولانا [164ظ] أكمل الدين صاحب العناية (ت. 786هـ/1384م).⁶³ تمت⁶⁴ لقاضي زاده مرتّب هذه المجموعة.⁶⁵

٦٠ بالتصرف: فتاوى قاضيخان للأزجندي، ٤/٢٤١.

٦١ ح: غلته.

٦٢ بالتصرف: فتاوى للأبي حفص سراج الدين عمر بن علي بن فارس الكناني المصري قارئ الهداية، مكتبة معلم جودت ٤/٨٨، ٦ظ.

٦٣ أي: العناية شرح الهداية.

٦٤ ح: حرّز.

٦٥ ج؛ ح + ١٢٠٩.

النص المترجم

[MISIR DİYARI¹ İLE İLGİLİ FETVALARDA
RAZI OLUNACAK SÖZLER]²

[161b] Bismillâhirrahmânirrahîm

Ey Allâhım;³ yalnız sana ibadet eder, yalnızca senden yardım ister ve her an

- 1 Diyar şeklinde tercüme ettiğim kelime رباطا¹un çoğulu olan رباطا² lafzıdır.
- 2 Başlık risâlenin içinde zikredildiğinden burada köşeli parantez içinde sunulmuştur. İfade etmemiz gerekir ki; başlık oldukça genel gözükmetedir. Zira konu yalnızca vakıfların değişimiyle ilgilidir. Müellifin risâlede aktardığı bilgilere baktığımızda, bu mesele hakkında onunla Kâhire'nin ileri gelen uleması arasında hararetli bir tartışma gerçekleşmiş, nihayet onlara müellif görüşünü kabul ettirmiştir. Muhtemelen Kadızâde, ilgili meselede hakkında onların benimsediği görüşlere işaret etme amacıyla bu başlığı kullanmıştır. O zaman risâle isminin açıklaması şöyle olabilir: "Mısır ulemasının istibdâle ilgili fetvalarda benimseyeceği bazı görüşler."
- 3 اللهم yani الله یا الله sözünün anlamı ey kurtarıcıdır. Zira burası yalvarma (münacat) makamıdır. Boğulan kişinin söyleyeceği یا الله یا الله lafzının manası yardım! ve ey kurtarıcı (münecci/münkiz) şeklinde olur. Acı çeken birisinin bunu ifade etmesi durumunda söz konusu kelime ey şifa veren, ey afiyet veren vb. anlamlara gelir. Arif-i billâh Şeyh Muhyiddîn-i Arabî kudside sirruhu, İmâm Fahreddin Râzî'ye gönderdiği mektubunda benzer açıklamalar yapmaktadır.

Denilirse ki; risalene niçin ey kurtarıcı anlamındaki اللهم kelimesiyle başladın? Şöyle derim: benimle [Allah tarafından] korunan Mısır şehrinin uleması arasında, hakkında risale yazmış olduğum istibdal meselesi ile ilgili hararetli bir tartışma meydana geldi. Hakikati göstermek için ilimlere daldım ve ilimlerin denizinde birbirine çarpan okyanus dalgaları gibi gelen itirazlara cevap verdim. Nihayet Yüce Allah beni onların şerlerinden ve yanlış sözlerinden kurtardı. Dolayısıyla onun yardımıyla mağlup olmaktan kurtulmak için bu kelimeyi kullandım.

Bil ki; şefaata yetkisine sahip olan Hz. Muhammed'in hicretinin 1209 senesinde Mısır-Kâhire'de nâip (şerî mahkeme hâkimi. Mehmet Zeki Pakalın, *Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü* (MEB yayınları, 1993) 2: 644) idim. Büyük bir kalabalık, çiftçilerden birisi ile resmî Kâhire vakıflarından bir vakfın yöneticisi (nâzır) arasında geçen sorunu dava etmeye geldiler. Çiftçi, [söz konusu vakfı] vakfedenin oğullarından olduğunu ve yöneticinin, vâkıfın [istibdâl] şartı olmadığı halde vakfın arazilerinden bir kısmını para (dirhem) karşılığı istibdâl eylediğini ve bunun hükümsüz (bâtıl) olması gerektiğini iddia etti. Dedim ki; davacı (hasm) olabilmen için vâkıfın evladından olduğuna dair şahitlerin var mı?

Yanında şahitlerin mevcut olduğunu söyledi. Şahitler de bunu onayladıktan sonra çiftçi, şartları gerçekleşmediği için söz konusu istibdal muamelesi ve hakkında yazılan hukuki belge (hüccet) hükümsüzdür dedi. Sonra, dört mezhep alimlerinin [bununla ilgili] fetvâlarını gösterdi. Ona istibdalın butlanının dört mezhepten hangisine göre olduğunu sorunca, Hanefî mezhebi diye cevap verdi. Ben de ona "bu istibdal Mısır'daki bütün istibdal uygulamaları gibi Hanbelî mezhebine göre yapılmıştır. Ancak sen, risâlede detaylı bir şekilde açıklayacağım üzere iki mezhebi karıştırıp Ebû Hanîfe'nin mezhebindeki görüşlerle akdin iptal edilmesini mi kastediyorsun." diye sordum.

Adam da [bunun üzerine] zamanın Mısır ulema reisi Şeyh Şerkâvî'ye gidip beni şikâyet ederek onun evinde dört mezhep âlimlerinin tamamının ve şeyhlerin huzurunda davasının yeniden dinlenmesini (istinâf) istemiş. [Bunun üzerine] davacı, Şeyh Şerkâvî'nin beni çağırdığını söyledi, ben de vakarlı bir şekilde oraya gittim.

sana hamd ederiz. Bizi kendilerine nimet vermiş olduğun Peygamberler ve kâmil âlimlerin yoluna ulaştır. Bize katından bir ilim ver ki; onun sayesinde hükümler, kesin bilginin sırları ve müttaki müslümanların nurları aşikâr olsun. Bize hakkı hak, batılı da batıl olarak göster ki; yolumuzdan sapmayalım. Zarar-zıyan içinde olan inkarcılara ve kusurlarını gizleyen cahil müftülere karşı bize yardım eyle. Kâinatın efendisi peygamberin Hz. Muhammed (s.a.v.)'e, onun âl ve ashâbına salât ü selam olsun.

Hanefî mezhebine müntesip Ebû Bekir oğlu Ömer oğlu Muhammed Tâhir -Yüce Allâh Hz. Muhammed'in şeriat hükümlerinin sırlarını ona aşikâr eylesin- der ki; Kâhire'deki müftülerin çoğu, vakıf istibdal uygulamalarının Hanbeli mezhebine göre olmasına rağmen bazen Hanbeli mezhebine referansla istibdâlin meşru olduğuna, bazen de Hanefi mezhebine göre sahih olmadığına dair fetva vererek mezhepleri birbirine karıştırdılar. Bunun üzerine nasıl hareket edecekleri konusunda tereddüt içerisinde kalanların sorularını da içeren güzel bir risale yazıyorum. Risalede bu müftülerin hatalarını bütün yönleriyle ortaya koyduktan sonra onlara [162a] tatmin edecek tahkiki ve cedelî cevabı vereceğim. Risalenin ismini *el-Akvâlü'l-merdiyye fi'l-fetâvâ'l-aktâri'l-Mısriyye* şeklinde belirledim. Sonra herkes istifade etsin diye risaleyi kısalttım. Yüce Allah bizi dosdoğru yola ulaştırсын. Gerçekten o, kullarına karşı çok bağışlayıcı ve çok merhametlidir.

Değerli kardeş -Yüce Allah sana dünya ve ahirette rahmet etsin- bil ki; insaf nazarıyla bakarsan işin hakikatini kavrarsın, ancak bunun için şunları söylememiz gerekir: -başarı yalnız Yüce Allah'tandır-

Derim ki; Allame Şümünnî *Şerhu'n-Nukâye* kitabında şöyle dedi: “Ebû Yûsuf'a göre vâkıfın vakfını dilediği vakit değiştirip (istibdâl) yerine yeni vakıf temin etme şartı sahihtir. İmam Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel'in kabul ettiği görüşe ise kıyasen burada ne şart ne de yeni vakıf sahih olabilir. Zira böyle bir şart, vakfın gereğine aykırı olmak yanında vakfı da iptal etmektedir. [Ancak bu uygulama istihsanen caizdir.] İstihsanın gerekçesi ise vakfın değişimi ile eski vakıf kendisinden daha değerli/işlevsel (hayırlı) olan bir vakfa dönüştürülmekte bununla da vakfı iptal değil aksine

Davacı ve davalı da oradaydılar. Aralarındaki davayı [yeniden] dinledikten sonra benimle şeyhler arasında hararetli bir tartışma başladı. Fakat Yüce Allah yardımıyla (tevfik) beni galip kıldı. Dolayısıyla ben hakikati gösterince hepsi itiraf ettiler.

Ancak bir gün öncesinden rüyamda harap bir mescitte otururken cemaatten birisi bana kibleyi sormuştu, ben de mescidin etrafına baktım ama kible işareti yoktu, sonra tavanına baktım açtı, birden güneşi gördüm sonra araştırdım ve kibleyi buldum. Dedim ki: buldum; işte kible, onlar hayır orada yok dedikten sonra [tekrar] anlattım ve inandılar. Sonra iki rekat tahiyetü'l-mescit namazı kıldım. Rabbim uykudan uyandırdı, bir gün sonra da bu olay vuku buldu. Ben de bu risaleyi yazdım. **Müelliften (Bütün nüshalarda)**

vakfa hayat verme durumu söz konusudur. İmam Muhammed, Basra ekolü ve Ahmed b. Hanbel'den bir rivayete göre ise; [burada] şart batıl olmakta vakıf ise sahih kalmaya devam etmektedir. Çünkü mezkûr şart sebebiyle vakfın yok olmasından kaynaklı Allah'a yaklaşıma (tekarrub) ortadan kalkmaktadır. Mesela; kişi vakfettiği mescidinde [cemaat arasında ayırım yapıp] bir kısmının namaz kılmasını engelleyen bir şart ileri sürse bu koşul batıl olur, ancak mescidin vakfında ise herhangi bir problem olmaz. *Şerhü'l-Kenz* kitabında [şöyle anlatılmaktadır.]: Vakfeden [vakfını] dilediği zaman başka arazi ile değiştirme şartını koşa veya [vakfından dönmek için] üç günlük şart muhayyerliği belirlese bu ihtilaflı [bir mesele] dir; Ebû Yûsuf'tan farklı olarak İmam-ı Muhammed'e göre [istibdal şartı ile] Allâh'ın mülkünü iptal etme söz konusu olacak ve ona yaklaşıma [gayesi] gerçekleşmeyecektir. Ancak vakfeden [vakıf değişimi için sattığı vakıftan elde ettiği] paranın kendisine ait olmasını veya onu tasadduk etmeyi şart koşacak olursa [bu şekilde kurulacak ilk] vakıf asla meşru olmaz. [Vakfeden] şart muhayyerliğini [vakfı için] belirlese [İmam Muhammed'e nispet edilen] bir rivayette [bu sorunun cevabı] bilinmemekte (meçhul), [162b] başka bir rivayete göre ise [bu durumda] vakıf geçerli, şart ise batıldır. *Şerhü'l-Vikâye*'de [şöyle anlatılmaktadır:] Ebû Yûsuf, [vakfedenin] vakfını değiştireceğine dair şartı bulunmasa da vakıf gelirinin azalması durumunda vakıfta istibdali meşru kabul etmektedir. Ona göre vakfın sıhhati ile değiştirilmesi arasında bir zıtlık bulunmaz. Biz ise istibdal hususunda sayılamayacak derecede fazla suistimal/sıkıntı (fesad) ortaya çıktığından cevazına yönelik fetva veremiyoruz.”⁴

Sen, Kâhire'de istibdâlin Hanbeli mezhebine göre uygulanıp sonra Hanefî hâkime [istibdâle dair bir mesele] aktarıldığında hükmü onaylayacağını iyi biliyorsun. Zira kadı, kendi mezhebi dışında içtihadı konu olan meselede hüküm verdiğinde, ashabımızın açıkladığı yirmi dokuz⁵ yer⁶ dışında bu geçerli kabul edi-

4 Ebû'l-Abbâs Takıyyüddin Ahmed b. Muhammed b. Muhammed eş-Şümünî el-Kusantîni el-Kâhîri, *Kemâli'ül-dirâye fi Şerhi'l-Vikâye (Nükâye)*; (*Şerhu Muhtasari'l-Vikâye li'l-Fâzil Şümünî*) Süleymaniye Kütüphanesi, Fazıl Ahmed Paşa 613, vr. 303a.

5 İstibdâl meselesi bunların içinde değildir. **Müelliften** (1 nüshasında)

6 Ashabımızın açıklamış olduğu yirmi dokuz yer dışında sözü [hakkında] derim ki; ashabımız şu 29 meselelerin Hanefî [kadının] imzası [bulunsa bile] işlerlik kazanmayacağını (gayr-ı nâfiz) ifade etmişlerdir: 1: Zaman aşımından dolayı hak iptaline dair hüküm verildi ise. 2: Sahih görüşe göre koca mefkûd olduğu için öte yandan da nafaka sorunu gündeme geldiğinden dolayı [eşler arasında] ayrılıkla (tefrik) hükümlunduysa. 3: [Ebû Yûsuf'a göre kişi ile. Muhammed Emin b. Ömer b. Abdulaziz ed-Dimeşki İbn Abidin, *er-Reddül-muhtâr `alêd-Dürri'l-muhtâr*, (Dâru'l-fîkr, Beyrut 1412/1992), 4: 493] babasının zina yaptığı kadının nikahının sıhhatine hükmedilirse. 4: Ebû Yûsuf'a göre [kişi ile] oğlunun zina yaptığı kadının nikahının sıhhatine hükmedilirse 5: [Kişi ile] zina yaptığı kadının anasının veya kızının nikahının sıhhatine veya muta nikahının sıhhatine hükmedilirse. 6: Zaman aşımı sebebiyle mehrin düşmesine hükmedilirse. 7: Erkeklik uzvu bulunduğu halde bir hastalıktan dolayı ilişkiye giremeyen (innîn) kişiye [bir sene. İbn Abidin, *Reddül-muhtâr*, 4: 493] müddet tanınmayacağına hükmedilirse. 8: [Rici talaka boşanmış. İbn

lir. *Vehbâniyye* ve Şerhinde [şöyle anlatılmaktadır:] “Kadının kendi mezhebinde uygun görmediği meseleyi aksini düşünen mezhepten cevaplaması, sahih olan görüşe göre geçerli ve müftâ bihtir.”⁷

Abidin, *Reddü'l-muhtâr*, 4: 493] kadının rızası olduğu halde kocasına dönemeyeceği ile hüküm verilirse. 9: Hamile kadına verilen üç talağın geçerli olmadığına hükmolunduysa. 10: Kocanın eşiyle hiç ilişkiye girmeden (kablêd-dühül) önce verdiği üç boşamanın geçerli olmadığına hükmolunduysa. 11: Hayız kadına verilen üç boşamanın geçerli olmadığına hükmolunduysa. 12: Kocanın ilişkiden sonra hanımına verdiği üç talakın geçersiz olduğuna hükmedildiyse. 13: Mehir ve çeyizini verip ilişkiye girmeden önce karısını boşayan kocanın verdiği çeyizin yarısını alabileceğine hükmedilse. 14: Babasının yazısını [bulan çocuğun bu yazıya istinaden. İbn Abidin, *Reddü'l-muhtâr*, 4: 493] herhangi bir hükme şahadet etmesi [durumunda bu şahadet] kabul edilirse. Katili bilinmeyen ve üzerinde öldürülme izleri taşıyan bir kimsenin bulunduğu mahalle halkından elli kişiye yemin ettirmeye (kasâme) dayanarak (kâtîlin) kısas edilmesine hükmolunursa. 15: [Yalnızca eşleri emziren] kadının şahadetiyle eşler arasında tefrik ile hükmolunsa. 16: [Hakim] kendi çocuğu lehine hüküm verdiyse. Gayrı mümeyyiz çocuğun (sabî), kölenin veya kafirin [vermiş olduğu] hüküm [kendisine taşındığı zaman hakim o hükümlerle] hükmetse. Malını faydasız yere sarf eden kişiye (sefih) [ilk hakim kısıtlama (hacr) hükmü vermiş olmasına rağmen ikinci hakim bunu kaldırmış ise üçüncü hakime. İbn Abidin, *Reddü'l-muhtâr*, 4: 494] kısıtlamanın kaldırılması talebiyle gelindiğinde [bu doğrultuda hükmederse]. 17: [İki kişi arasında ortak köleyi birisi. İbn Abidin, *Reddü'l-muhtâr*, 4: 494] âzâd edip [diğeri sussa sonra da. İbn Abidin, *Reddü'l-muhtâr*, 4: 494] susanın payını satması halinde bu satışın sıhhati ile hükmolunur ise. 18: Kasten besmeleyi terk edenin [kestiğinin] satışına [hükmolunsa]. 19: Efendisinden çocuk doğuran cariye (ümmü veled) satılmasına hükmolunsa ezhar görüşte [nâfiz olmaz] esah görüşe göre ise nâfiz olur. 20: Kadının kısası affetmesinin geçerli olmadığına hükmolunsa. 21: Satın almış olduğun haneye bir hak sahibi çıkıp elinden alacak olması halinde ben onu satın alma veya hibe yoluyla kurtarıp sana teslim etmeye kefilim (damân-halâs) uygulamasının sıhhatiyle hükmolunsa. 22: Vakıf mescidin [gelirinden] cemaatin, imamın maaşını (malûm) arttırmasının [sahihi olduğuna] hükmolunsa. 23: Üç talakla boşanmış kadının ikinci akitle helal olduğuna hükmolunsa. 24: Kafirin para karşılığı [olsa bile] Müslümanın malına sahip olamayacağına hükmolunsa. Peşin 1 dirhemle 2 dirhemini satışının [faiz değil de sahihi olduğuna] hükmolunsa. 25: Abdetsiz namazın sahihi olduğuna hükmolunsa. 26: Herhangi bir malın telefi sonucu mahalleliye kâsâme uygulanması gerektiği ile hükmolunsa. 27: [Bana sorarsanız ben zina etmedim sanki falanca yaptı gibi bir. İbn Abidin, *Reddü'l-muhtâr*, 4: 495] işarete (tariz) dayanarak zina iftirası haddi uygulanması ile hükmolunsa. 28: Kura ile [muayyen olmayan] bazı kölelerin azad olduğuna hükmolunursa. 29: Kocasının izni olmadan kadının kendi malında tasarruf yapamayacağına dair hüküm verilirse.

Bu anlattıklarımı *Bezzâniyye*, *İmâdiyye*, *Sayrafiyye* ve *Tâtârâniyye* [kitaplarından] yazdım. *Fevâid-i zeyniyye*'de şöyle zikredilir: [mahkeme meclisinde] hem davalı hem davacı veya onların yerini tutan birisi olmadan haklarında hükmolunamaz. Davalı [davayı] inkar ettikten sonra oradan ayrılrsa [o orada bulunmadığı sürece] hüküm verilemez. Zira inkarın dava esnasında gerçekleşmiş olması muteberdir. Bu hususta Ebû Yûsuf'un farklı bir görüşü bulunmaktadır. Taraflar mahkeme hususunda vekillerini kendileri belirleyebileceği gibi bu tayin işlemi hâkim tarafından da olabilir. Gâip olan taraf aleyhinde ileri sürülen hüküm, mahkemede bulunan davacı lehine iddia olunan hükmün [tam bir] sebebi ise [bu durumda mahkemede bulunmayan taraf aleyhinde] hüküm verilebilir. [Mesela mahkemedeki davacı, delil getirerek falancanın zilyedinde bulunan evi ben burada olmayan gâipden satın almıştım dese mahkeme müddei lehine hüküm verebilir. Sonradan gâip, kişi gelip inkar etse de hüküm değişmez. Zeynüddin b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısri İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik Şerhu Kenzid-dekâik*, (Dârü'l-kitâbi'l-İslâmî, ty., 2. baskı.) 7: 20.] Ancak mahkemedeki davacının iddia ettiği şey gâip aleyhinde iddia olunana şart mesabesinde ise hüküm verilemez. [Eşi gâip olan kadın eşinin kendisine 'falanca, hanımını üç talakla boşarsa sen de üç talakla boşun' dediğini ve şartın gerçekleştiğini, dolayısıyla kendisi lehine ve kocası aleyhine hüküm verilmesini talep etse bu dikkate alınmaz. Nüreddin Ebî'l-Hasen Ali b. Sultan Muhammed el-Herevî Aliyyü'l-Kârî, *Feth-u bâb-ı inâye bi-şerhi'n-Nükâye*, (Beyrut: Dârü'l-erkam, 1418/1997) 3: 123-124]. Bu genel kurala müftülere yardımcı olacak birçok mesele bina edilir. **Müelliften (Bütün nüshalarda)**

7 Ebü'l-Velid Lisânüddin Ahmed b. Muhammed b. Muhammed es-Sekafi el-Halebi İbnü's-Şihne, *Tafsîl'ü ikdi'l-ferâid (fevâid) bi-tekmil-i Kaydiş-şerâid*, Süleymaniye Kütüphanesi, Carullah 752, vr. 112a-112b.

Denirse ki; istibdal Hanbeli mezhebinde meşru görülmediğinden hatta incelenmediğinden dolayı bu mezhebe referansla onu sahih göstermek uygun olmaz.⁸

Deriz ki;⁹ *Mirâc-ı dirâye*'de [şöyle anlatılmaktadır:] “Ahmed b. Hanbel'e göre vakfedenin [vakfını değiştireceğine dair] şartı bulunmasa ve [vakıf] harap vaziyette değilse bile vakfı satıp parasıyla kendisinden daha değerli/işlevsel (hayırlı) bir yer alınmasında sorun yoktur. Sonra yeni vakıf eskisinin yerine geçer ve artık o, vakıf olarak devam eder.”¹⁰

8 Bu söz, Kâhire'deki istibdâl uygulamalarının Hanbelî mezhebine göre olduğunu ifade eden delili öncüllerine itiraz etmeden yeni bir delille çürütmeyi ifade eder (nakz). **Müelliften (Bütün nüshalarda)** Ayrıca bkz. Yusuf Şevki Yavuz “Münâzara”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, (TDV yay. Ankara 2006)XXXI, 576.

9 Bu söz ilk olarak, öne sürülen iddiayı delil talep ederek veya iddianın öncüllerine karşı çıkararak kabul etmemeyi ifade eder (men'). Buna göre mana şöyle olur: istibdâlin Hanbeli mezhebi kitaplarında mevcut olmadığını ve onların bunu caiz görmediklerini kabul etmiyoruz. Hanbeliler katında [vakfedenin] istibdâl-i vakfa dair şartı olmaksızın hatta [vakıf] harap halde değilse bile istibdalın meşru görüldüğü sabit olmasına rağmen bunu nasıl benimseyebiliriz? Bu söz öte yandan, ileri sürülen iddiayı zıddının doğru olduğunu ispat ederek çürütmeyi ifade eder (muaraza). O zaman mana şöyle olur: istibdal, Hanbelî mezhebine göre sahihtir. **Müelliften (Bütün nüshalarda)** Ayrıca bkz. Yavuz “Münâzara”, 576.

10 Mana ile nakledilmiştir. Muhammed bin Muhammed Sencârî Kıvâmüddin el-Kâkî, *Mirâcü'd-dirâye ilâ Şerhi'l-Hidâye*. Süleymaniye Kütüphanesi, Atf Efendi 976, vr. 376a.

Bu kitapta ilgili referans hakkında ifade edilen ibare şudur:

Şemsü'l-Eimme el-Hulvânî'ye vakıf mescitler, fayda vermez ve gelir getirmez duruma gelince mütevellinin onu satıp yerine başka bir mescit yapma yetkisi var mıdır? diye sorulunca 'evet' dedi. Ahmed b. Hanbel de bu görüşle hükmetti ve dedi ki; vakıf mescitler fayda vermez duruma gelmese bile yerine başkası alınacaksa [istibdal] caizdir. (vr. 376a)

Bu mahiyetteki başka cümleler de Kâkî'nin kitabında zikredilir:

استغنى مفهوليٰ بيه الامل فیلدیر. Yani mahalle halkının mescide ihtiyacı kalmasa, Ebû Hanîfe, İmam-ı Şâfiî ve İmâm-ı Mâlik'e göre o, mescit olarak kalmalıdır. Ahmed b. Hanbel böyle durumlarda mescidin yıkılıp malzemelerinin başka mescide aktarılmasında problem yoktur der. Vakıf ev de böyledir. Çünkü vakıf ebedi olmalıdır. Dolayısıyla istibdalle başka mescide aktarım yapılmış ve ebediyet sağlanmış- tır. (vr. 475b-476a).

Ancak Kâkî'nin söz konusu eserinde Ahmed b. Hanbel'e göre istibdalın caiz olmadığı, bir rivayette de istibdâl yetkisini yalnızca kadının kullanabileceğini belirten yerler bulunmaktadır:

İstibdâl şartı Ebû Yûsuf, Hilâl ve Hassâf'a göre istihsanen caizdir. Kıyasa göre ise [istibdal şartıyla kurulan vakıfta] ne vakıf ne de istibdal şartı meşru görülebilir. Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel de bu kanaattedir. Zira istibdal, vakfın maslahatına uygun olmayan bir şarttır... [Merginânî: *Mirâcü'd-dirâye* şerhinin metni *el-Hidâye* sahibi], Hassâf ve Hilâl'in de kabul ettiği görüş olan Ebû Yûsuf'a göre istibdâlin caiz olmasını açıkça zikretti. Bazı meşayih, vakfedenin istibdal şartı [vakıf kurulurken] mevcut değilse bu durumda vakfî istibdal yetkisi sadece kadıya ait olur. Bir kavlinde İmam-ı Şâfiî, bir rivayete göre ise Ahmed b. Hanbel de böyle söylemiştir. (vr. 475a)

Hanbelî metinlerine; mesela Hirâkî'nin *el-Muhtasar*'ına baktığımızda istibdâlin gerekli hallerde caiz görüldüğü zikredilir: *Vakıf harap olup bir fayda sağlamıyor ise satılıp elde edilen parayla eskisi yerine yeni vakıf satın alınır. At, vasağa gidecek gücünü kaybedecek bir hale geldi ise aynı şekilde satılıp yerine yeni bir at alınır. Ebül-Kâsım Ömer b. Hüseyin b. Abdullah Hirakî, el-Muhtasar (Metnü'l-Hirakî alâ mezhebi Ebî Abdillâh Ahmed b. Hanbel eş-Şeybânî), (Dârü-s-Sahâbe li't-türâs, 1413/1993) 81.*

İstibdalın Hanefilere göre sahih olmadığı ilkesine kabul edilmesine bakarak¹¹ Hanbelî mezhebinde de sahih görülmemesi sonucu çıkarılamaz. Zira Ahmed b. Hanbel'e göre vakfın satılması caizdir ve kadı Hanefî olsa da bunu uygulayabilir. Bir de burada kadı içtihadı bir meselede hüküm vermektedir.

Mısırlıların Hanbelî mezhebine bakarak vakıfları değiştirip ortaya çıkan tartışmalarda Hanefî mezhebine müracat etmeleri ne gariptir.¹² Halbuki Kâhire'deki çoğu vakıf [Hanefilere göre] sahih bile değildir ki; şartlarına riayetten konuşalım.¹³

İstibdal, vakfın asıl şartlarından olduğu için ondan bahsediyoruz. [Problemi doğru tespit edemezsek; istibdâl fetvası ve vakfın sahihliği meselesini mezhepleri birbirine karıştırarak analiz edersek] kısır döngüye düşeriz ki; [163a] bu yanlış olur. [Her mezhebi ayrı değerlendirip Hanefilere göre Kâhire vakıflarının] sahih olduğunu varsaydığımızda ve Ebû Yûsuf'a göre istibdalın [vâkıfın buna dair] bir şartı olmadığı durumda bile caiz olduğunu [dikkate aldığımızda sorun kalmaz.]¹⁴

Vakfeden vakfının değiştirilmesini şart koşmadı ki. [O zaman istibdal caiz görülemez şeklinde meseleye itiraz edecek olursan], şu cevabı veririm: [vakfın

11 Bu söz "[Kâhirede istibdâlin Hanbeli mezhebine göre uygulanıp] sonra Hanefî hâkime [mesele] aktarıldığında hükmü onayladığını [iyi biliyorsun]" cümlesine karşı ileri sürülen [denilirse ki; istibdal, Hanbeli mezhebinde meşru görülmediğinden hatta ele alınmadığından dolayı bu mezhebe referansla onu sahih göstermek uygun olmaz] şeklindeki itiraza, delil talep ederek veya iddianın öncüllerine karşı çıkarak iddiayı kabul etmemek tarzında getirilen bir cevaptır (cevap bi'l-men').

Burada anlatılanların özeti şudur: Hanefî [hâkimin Hanbelî mezhebindeki görüşü] uygulaması kendi mezhebinde meşru olmadığından hükümsüzdür. Vakfiyede istibdal şartı mevcutsa Hanefî mezhebinde istibdalın meşru görülemeyeceğine dair söylenen iddiayı kabul etmiyoruz. Aksi mümkün olsa da buna bakarak Hanbelî mezhebinde de istibdalın sahih olmayacağı ileri sürülemez. Netice olarak Hanefî hâkimin mezkur uygulaması geçerli olarak addedilmelidir. **Müelliften (Bütün nüshalarda)**

12 Bu söz, istibdali hükümsüz sayan kişiye red konumundadır. Zira ifade edilen meselede istibdalın hükümsüz olması gerektiğini iddia eden kişi Hanefî ve Hanbeli mezhebini birbirine karıştırmaktadır. Bu cümle girişte ifade ettiğim "[cahil] müftülerin hatalarını ortaya koyacağım" şeklindeki vadimi gerçekleştirdiğimi göstermektedir. **Müelliften (Bütün nüshalarda)**

13 Bu söz karşı görüşte olanı susturmayı amaçlayan bir cevaptır. Dibâcede "onlara yetecek tahkiki ve cedeli cevap vereceğim" şeklinde ifade ettiğim vadi burada gerçekleştirdim. **Müelliften (Bütün nüshalarda)** Ayrıca bkz. Yusuf Şevki Yavuz, "Cedel", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, (TDV yay. Ankara 1993) VII, 208.

14 Bu paragrafta müellifin ifadeleri biraz kapalı olduğundan metnin tercümesinde olmak üzere iki yerde "[Hanefî mezhebine]" şeklindeki ilaveleri koydum. Zira Hanbelî ile Hanefî mezhebi arasında vakıf hukuku hükümleri bakımından bazı farklar bulunmaktadır. Bunları ifade ettiğim takdirde konu daha iyi anlaşılacaktır:

1- Hanbelilere göre hem söz hem de fiil ile vakıf kurulması mümkün iken Hanefî mezhebinde yalnız mescid fiille; mescidi inşa edip namaz kılınmasını sağladıktan sonra kurulur. 2- Hanbelî mezhebinde, vakfetmekle vakıf vâkıfın mülkünden çıkarken, Ebû Hanife'ye göre mescit dışındaki vakıf mal vakfedenin mülkünden çıkmış olmaz. 3- Asıl olarak Hanbelilerde menkulün vakfî sahihken Hanefilerde bazı durumlarda sahihtir. 4- İlk mezhebe göre para vakfî sahihken Hanefilerde sadece İmam Züfer'e göre sahih. Bkz. Sâdık Feddâd Ayyâşî, "Mesâil fi fıkhî'l-vakf", *Ma'hed-ül-İslâmi li'l-buhûsi ve't-tedrib: el-benkü'l-İslâmi li't-tenmiye*, Cidde, Devrat'ü devri'l-vakfî fi mukâfahatî'l-fakr, Moritanya/Nuakşot, (16-21 Mart 2008) s. 11-14.

harap olması vb. başka bir] durum mevcut olduğunda söylediğin artık istibdale engel teşkil etmez. Zira değişim ile vakıf daha hayırlı bir şekle dönüşmektedir. Dolayısıyla istibdal muamelesiyle vakıf iptal olmamakta aksine varlığının devamı sağlanmaktadır. Allame Tarsûsî bu şekilde ifade etmektedir.¹⁵

Vakfedenin şartı Allâh'ın (Şârî) şartı gibi görülür ve ona uymak [artık] vacip olur dersen; vakfedenin şartı şeriata uygun olduğu durumlarda Allâh'ın şartı gibi değerlendirilir. Lakin muhalif ise uymak gerekmez. Vâkıf, “sultan ya da kadının vakfımda yetkili olamaz” diye bir koşul ileri sürse bu batıl görülür. İstibdâl şartı da buna benzer tarzında cevap veririm. Kâdihân meseleyi bu şekilde ele almaktadır.¹⁶

Bunları öğrendiyse bil ki; mütevellî ve nâzır vakfın herhangi bir parçasını hakim kararıyla dinar, dirhem veya mülk mal ile değiştirse; yani istibdali, vakfa faydalı bir işlem olarak kabul eden hakim huzurunda böyle bir hüküm sabit olursa başka bir hakim, artık verilen hükmü bozamaz. Zira hüküm şahitler huzurunda alınmıştır. Sıhhatine hükmedilen dava, başkası tarafından iptal edilemez.¹⁷ Çünkü kadının hükmü mümkün merteye doğruya sarf edilir ve şüphe ile bozulamaz. *Şerhü'l-Manzûme*'de [şöyle anlatılmaktadır:] “Kadı içtihadî bir meselede hüküm verdikten sonra görüşünün yanlış olduğunu fark etse artık, ilk hükmünden dönme yetkisi olmayıp başkası da Kitap, Sünnet ve İcma'ya aykırı olmadıkça malum hükmü bozamaz.”¹⁸

Vakfın harap olması gibi istibdalin en önemli şartı sağlanamadığından dolayı bu ve benzer istibdaller sahih görülmemeli dersen, şöyle cevap veririz: [Vakfın harap olması gibi] istibdalin en önemli şartının bulunmadığını ifade eden küçük önermeni (suğrâ) ilk hakim [hükmü] açısından kabul edemeyiz. [163b] Şahitler huzurunda bu hüküm alınmışken [itirazını] nasıl kabul edelim ki? Bir de bütün hakimler zahire bakarak hüküm vermektedirler. Çünkü hakikat bilgisi Yüce Allah'a aittir. Küçük önermeni kabul etsek bile; büyük önermeni (kübrâ) kabul edemeyiz. Şöyle ki; Hanbelilerde vakıf harap olmadan ve vakfedenin istibdal koşulu mevcut değilken bile vakfı satmak caizdir. Dolayısıyla istibdal şartı yok diye vakfın değişimi gayrı meşrudur denilemez. [Zira vakfın harap olması söz konusu olabilir.]

15 Necmeddin İbrahim b. Ali b. Ahmed b. Abdüssamed Tarsûsî, *Enfeu'l-vesâil ilâ tahrîri'l-mesâil (el-Fetâvâ't-tarsûsiyye)* nşr. Mustafa Muhammed Hafâcî, (Matbaatü'ş-şark, 1344/1926) s. 115-116.

16 Ebu'l-Mehasin Fahreddin Hasan b. Mansur b. Mahmud Kadihân, *Fetâvâ Kâdihân*, (Kelkûta matbaası, Hindistan 1835) IV, 231.

17 Bu söz görüleceği üzere açık bir şekilde delil talep ederek veya iddianın öncüllerine karşı çıkarak iddiayı kabul etmemek anlamı taşır (men-i zâhir). Bu ifademizle “sıhhat hükmü devam ettikçe başka bir hakim o hükmü bozamaz” manası da anlaşılabilir. **Müelliften (Bütün nüshalarda)**

18 İbnüş-Şihne, *Tafsîl'ü ikdi'l-ferâid*, vr. 110b.

Dersen ki; istibdâl sahih görülmediğinden sıhhatine dair hüküm vermek de doğru değildir. Zira batıl üzerine bina edilen şey de batıl olur.

Deriz ki; ilk hakimin [hükmü] açısından istibdalın batıl üzerine bina edildiğini ifade eden küçük önermeni kabul edemeyiz. Kadı [buradaki] istibdalın sahih olduğuna dair hüküm vermişken nasıl kabul edelim ki? Bir de “hâkimin hükmü kesin hatalı olmadıkça bozulamaz” [şeklinde] yaygın kural bulunmaktadır. [Burada] istibdalın batıl üzerine bina edildiğini kabul etsek bile batıl üzerine bina edilen her şeyin batıl olacağını doğru göremeyiz. [İstibdal hükmünü iptal etme yetkimiz] şu iki şartla mümkün olabilir: a) [vakfedenin istibdale izin veren] şartı mevcut olmadığı halde ve vakıf harap durumda değilken bile bunu meşru kabul eden [Hanbeli] mezhebine göre hüküm verilmemiş ise. b) vakfın değiştirilmesi ile ilgili hüküm, müslümanların mallarını telef edecek şekilde kesin bir zarar içermiyor ise.¹⁹ Konuştuğumuz istibdal hükmünü iptal etmek ise büyük zarar getirir. Müslümanların zararını engellemek özellikle yıllar geçtikten sonra istibdalın şartlarını araştırıp hükmün iptaline kalkışmaktan daha doğrudur.²⁰

Ebüsşuûd, “davalar şerî mazeret [164a] olmadan on beş sene dinlenmedi ise artık sultânın emri alınmadan gündeme getirilmez” demiştir.²¹ Şerî kriter olmadan şahitleri tenkit etmek de doğru değildir. [Harap] vakfın istibdaline hükmedildikten sonra onun hükümden önce harap olmamış vaziyette durduğuna dair şehadet kabul edilmez. Çünkü o yerin istibdal hükmünden önce harap durumunda iken sonrasında yeni tamir görmüş olması muhtemeldir. Dolayısıyla söz konusu vakfın harap olmadığına dair şehadet edilmesi istibdalden önce tamir edilmiş olmasını gerektirmez. İstibdal edilen yerin bundan önce harap halde olmadığına dair yapılacak şahitliğin kabul edilmeyeceğinin bir diğer delili şudur: bu olumsuzluk (nefiy) hakkında bir şehadettir. Olumluluğa (müsbet) dair şehadet ise aksi yöndekinden daha makbuldür.

Bazı mutaassıpların “istibdal vaktinde vakfın geliri şöyle şöyle idi. [yeterli miktarda idi, dolayısıyla hükmün bozulması gerekir] sözüne itibar edilmez. Çünkü özel (hâss) bir şeyin kaldırılmasından genel (âmm) şeylerin devre dışı edilmesi mecburi değildir. Dolayısıyla bu [vakfın yeterli gelirinin bulunduğunu] iddia etmek, istibdal [hükmüne götürebilecek diğer] kriterleri ortadan kaldırmaz. “Bu-

19 Bu söz geride geçtiği gibi, karşı görüşte olanı susturmayı ifade eden bir cevaptır. (cevab-ı cedeli) İyi düşün! Müelliften ح ؛ ح ؛ ج (nüshalarında) Ayrıca bkz. Yavuz, “Cedel”, 208)

20 Zira “kesin zararı def etmek vehmedilen menfaati temin etmekten daha iyidir” meşhur kuralı bulunmaktadır. Müelliften (Bütün nüshalarda)

21 Şeyhülislam Ebüsşuûd Efendi, *Ma'ruzât*, haz. Pehlül Düzenli (Klasik yay. 2013, 1. baskı, İstanbul, Osmanlılarda hukuk ve toplum 4) s. 159.

rada insan yoktur” sözümüz hayvanın mevcut olmayacağı anlamına gelmez. Zira hayvan lafzı insana nispetle daha genel olduğundan mesela bir at var olabilir.

Bil ki; bu mutaassıp kişi istibdali caiz kılan özelliğin [değiştirilecek vakıf] malın harap olmasıyla sınırlı kalacağını zannetmiştir. Ancak kendisinden faydalanılmaya devam edilen vakfın istibdali şu üç durumda caizdir. a) Vakfeden istibdali ileri sürmüş ise sahih görüşe baktığımızda Ebû Yûsuf, bunu meşru görmektedir. b) [Vakfın gasp edilmesinden sonra] gâsıbın bu eylemini inkar etmesi durumunda bakılır: burada vakfın lehine herhangi bir delil yoksa [gasp edenden] vakfın kıymeti tahsil edilir ve onunla da yeni bir vakıf alınır. Kâdihân'da bu şekilde anlatılır.²² c) İstibdale konu olan vakfa karşılık daha çok gelir getiren ve daha güzel mekanda bulunan bir mal teklif edilmesi durumunda müfta bih olan Ebû Yûsuf'un görüşünde istibdal caizdir. *Înâye* sahibi Mevlânâ [164b] Ekmeleddîn'in öğrencisi Muhakkik Mevlânâ Kâriü'l-Hidâye Ömer'in *Fetâvâ*'sında da böyle ifade edilmektedir.²³ Söz konusu mecmuayı tertip eden [müellif] Kâdızâde'ye ait [istibdâl] risalesi tamamlandı.²⁴

22 Kâdihân, *Fetâvâ*, 4: 241.

23 Ebû Hafs Sirâcüddin Ömer b. Ali b. Fâris el-Kinânî el-Mısrî Kâriü'l-Hidâye, *Fetâvâ* (Mecmua içinde), İstanbul Belediyesi Atatürk Kitaplığı, Muallim Cevdet K. 88, vr. 46b.

24 ج و ح nüshalarında hicri 1209 tarihinde tamamlandığı ifadesi yer almaktadır.

BORCUN BORÇ KARŞILIĞINDA FESHEDİLMESİ*

Prof. Dr. es-Siddîk Muhammed el-Emîn ed-DARÎR (ö. 2015)**

Çeviren: Arş. Gör. Mahmut SAMAR***

ÖZET

“Borcun borç karşılığında feshedilmesi (feshu'd-deyn bi'd-deyn)” ifadesi, bazı Mâlikî kaynaklarda geçer. Bir kısmında ise bu tabir, “borcun borç ile feshedilmesi (feshu'd-deyn fi'd-deyn)” olarak yer alırken, bir kısmında ise “borç karşılığında borç (deyn bi-deyn)” şeklinde yer alır. Mâlikî kaynakların dışında ise bu ifadeye rastlayamadık. Bâcî'ye göre “borcun borç ile feshedilmesi” ifadesinin anlamı, zimmetin, bizzat meşgul olduğu şeyin dışında başka bir şeyle meşgul edilmesidir.

Borcun borç karşılığında feshedilmesi birçok şekilde yapılır:

(1) Arada başka bir işlem olmaksızın, borcun doğrudan başka bir borç karşılığında feshedilmesi. Ödeme vakti gelmiş bir borcun miktarını arttırarak ertelenmesi bunun en bariz örneklerinden birisidir. Bunun yasak olduğu konusunda ihtilaf yoktur. Çünkü bu Câhiliye faizidir.

(2) Alacaklının borçluya bir şey satması suretiyle borcun borç karşılığında feshedilmesi. Şöyle ki, bir kimse başka birine bir aylığına bir miktar borç para verir. Daha sonra borç alan kişi, bu parayla iki ay sonra teslim almak üzere kendisine borç verenden bir mal satın alır. Bu işlem ödünç alınan miktarın borç verene olduğu gibi geri dönmesi sonucunu doğurur. Bu durumda malı satın alırken semen

* Son dönemin önde gelen İslam hukukçularından merhum Siddîk Muhammed el-Emin ed-Darîr'in kaleme aldığı bu makale “فسخ الدين بالدين” orijinal başlığı ile *Mecelletü'l-Mecma'î'l-fikhi'l-İslâmî* (sy. 22, Mekke 2006) dergisinde Arapça olarak neşredilmiştir. Çalışmada günümüz finans işlemlerinde önemli yer tutan “borcun borç karşılığında feshedilmesi (satılması)” meselesi üzerinde durulmaktadır. Makalede alıntı yapılan dipnotların eksik verildiği yerlerde -müellif veya eser isminin olmaması vb.- eksiklikler tarafımızdan giderildi. Metin içeriğinde adı geçen âlimlerin vefat tarihleri eklendi. Bundan başka başlıklar konunun anlaşılmasını kolay kılacak şekilde düzenlenip numaralandırıldı. Nadiren de olsa izaha muhtaç ifadeler dipnot vermek suretiyle açıklandı. Bunların dışında çeviride metne sadık kalındı.

** Hartûm Üniversitesi öğretim üyesi, Sudan'ın önde gelen İslam hukukçularından olan Darîr farklı birçok yerde akademik üyeliklerde bulunmuş ve İslamî bankacılık ve sigortacılık alanlarında çok değerli çalışmalara imza atmıştır.

*** Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, mahmutsamar@hotmail.com

olarak verdiği karzın aslı (asıl borç), borçlunun zimmetinde sabit kalmış olur. Böylece zimmette sabit olan bir borç başka bir borç karşılığında feshedilmiş olur.¹

(3) Zimmette sabit olan bir borcun borç karşılığında feshedilmesi işleminin bir başka uygulaması alacaklının borçludan bir mal satın alması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Burada borç bazen bir mal karşılığında bazen bir malın menfaati karşılığında feshedilmektedir. Bir kimsenin başka birine borç verip, ondan bu alacağına karşılık akit meclisinde bulunmayan bir mal satın alması birincisinin örneğidir. Bu işlem borcun ödeme vakti gelmiş olsun veya olmasın caiz değildir. Çünkü bu, borcun borç karşılığında feshedilmesidir. Şöyle ki, malın satın alınmasından doğan borcun, ödünç alınan para borcu karşılığında feshedilmesidir.

İkincisinin örneği ise, borcun bir aynın menfaatine karşılık feshedilmesidir. Örneğin bir evde oturma menfaati karşılığında borcun feshedilme böyledir. Mesela, bir kimsenin başkasından bin dinar alacağı var ve bu alacağın vadesi geldiğinde, borçlu alacaklıya “Bendeki alacağına karşılık oturman üzere şu evimi sana on aylığına veriyorum” der ve alacaklı da bunu kabul eder. Bu mesele hakkında İmam Mâlik’ten rivayet edilen biri caiz olduğu, diğeri yasak olduğu şeklinde iki görüş bulunmaktadır.

(4) Bu konudaki bir diğer uygulama ise selem yoluyla borcun başka bir borç karşılığında feshedilmesidir. Mesela, bir şahsın buğday almak üzere satıcıyla selem akdi yapması ve ödeme zamanı gelmeden önce veya geldikten sonra satıcının (müslemün ileyh), müşteriye (rabbü’s-selem)² buğday yerine mısır vermesi böyledir. Bu işlem selem akdinin vadesi dolmadan yapılırsa caiz değildir. Ödeme vakti geldikten sonra ise bedel -mısır- peşin verilmezse yine caiz olmaz. Müşterinin (rabbü’s-selem) selem akdiyle aldığı malı (müslemün fih) ödeme zamanından önce veya sonra satıcıya (müslemün ileyh) para veya mal karşılığında satması da böyledir. Bu işlemde de bedel -para veya mal- veresiye olursa caiz olmaz. Ancak peşin olması ve akit meclisinde teslim edilmesi şartıyla caiz olur.

(5) Bu işlemin bir başka şekli de ikâlede semenin geç iade edilmesi yoluyla borcun borç karşılığında feshedilmesidir. Bu ise sahih değildir.

(6) Borcun borç karşılığında feshedilmesinin günümüz uygulamalarından biri, vadesi gelmiş karz borcunun, selem akdinde peşin ödenen semen (ra’sü’l-mal) olarak verilmesidir. Bu uygulama şöyledir: Bir kimsenin başkasından bir

1 Karz akdinden doğan borç olduğu gibi borç verene selem akdinde ra’sü’l-mal olarak geri döndüğü için karz akdinden doğan borç doğal olarak feshedilmiş sayılıyor, yerine ise selem akdinden doğan borç ikâme edilmiş oluyor. (mütercim)

2 Kaynak metinde müellif genelde “müslim” ibaresini kullanmıştır. Ancak Türkçe anlatımda metnin anlaşılmasını kolaylaştırdığı için biz zaman zaman aynı anlama gelen “rabbü’s-selem” tabirini kullanmayı tercih ettik. (mütercim)

miktar nakit alacağı olur. Ödeme günü geldiğinde taraflar -vakti gelen borç miktarı karşılığında- selem akdi yaparak borçlunun alacaklıya bir miktar (erâdib)³ mısır satması konusunda anlaşırlar.

(7) Günümüzde bazı bankaların ortaya çıkardıkları bir uygulama ise şöyledir: Semen akdinde ödeme zamanı geldiğinde satıcının (müslemün ileyh) elinde ödemeyi yapacak malı yoksa banka ona selem akdinde borçlandığı malın cinsinden misli bir malı murâbahâ yöntemiyle vadeli olarak daha yüksek bir fiyata satar ve müşteriye sattığı bu mal ile selem akdinden doğan borcun ödenmesi şartını koşar.

Şer'ân caiz olan hatta yapıldığında yapanın sevap elde edeceği uygulamalardan birisi ise Paris kulübünün (Club de Paris) fakir devletlerin borçlarını yapılandırmaya yönelik uygulamasıdır. Tabi ki borç veren devletler borcun kalan miktarı üzerinden faiz almıyor olsaydı.

Bismillahirrahmanirrahim.

Alemlerin rabbi olan Allah'a hamd, peygamberlerin sonuncusu efendimiz Muhammed (s.a.s)'e ve bütün peygamberlere salât ve selâm olsun.

Bu çalışma "borcun borç karşılığında feshi" konusunu ele almaktadır.

BORCUN BORÇ KARŞILIĞINDA FESHİ

Bu makaleyi, İslam Fıkıh Akademisi sayın genel sekreterinin akademinin on sekizinci toplantısında kurula gelişinde benden nazik talebi üzerine kaleme aldım.

Konunun araştırılması istenen ana başlıkları şöyledir:

1- İslam hukukçularına göre borcun borç karşılığında feshedilmesi ile ilgili kullanılan tabirler.

2- Borcun borç karşılığında feshedilmesinin farklı uygulamaları (borcun doğrudan borca karşılık feshedilmesi ya da borcun selem akdinde alacaklıya satılması vb...)

3- Konunun hükmüyle ilgili görüşlerin detaylandırılması.

4- İşlemin günümüzdeki uygulamaları (Muayyen bir kuruluşun adını anmadan).

Allah'tan beni bu konuda muvaffak kılmasını ve hatalardan uzaklaştırmasını diliyorum. Nitekim O, işiten ve dualara icabet edendir.

3 Erâdib: İrdebb kelimesinin çoğul hali olup, Mısır'da kullanılan ve yaklaşık 24 sa'a denk gelen bir ölçü birimidir. (mütercim)

A. Borcun Feshedilmesi İle İlgili Tabirler ve Anlamları

Bu tabir Mâlikî kaynaklarda çokça yer almaktadır. Mâlikîler'den başka bu ifadeyi kullananı görmedim.

Müdevvene'de bu ifade, bazen “feshu'd-deyn fi'd-deyn”⁴ bazen “deyn bi-deyn”⁵ bazen de “el-kâli'ü bi'l-kâli”⁶ şeklinde geçmektedir. Buna karşılık, “feshu'd-deyn bi'd-deyn” şeklinde bir kullanıma rastlamadım. Ancak bu ifadeyi *Müdevvene*'nin muhtasarı olan *Tehzîb*'de gördüm.⁷

İbn Ebî Zeyd el-Kayrevânî'nin (ö.386/996) *er-Risâle* isimli eserinde de “feshu'd-deyn bi'd-deyn” şeklinde yer almıştır.⁸

ez-Zahîre'de ise bu tabir hem “feshu'd-deyn fi'd-deyn”⁹ hem de “deyn bi-deyn”¹⁰ şeklinde kullanılmıştır. Ayrıca Karâfi (ö. 684/1285) başka yerde geçmeyen “deyn fi deyn” ifadesine de yer vermektedir.¹¹

Sîdî Halîl'in (ö. 767/1365) *Muhtasar*'ında ise sadece “feshu'd-deyn fi'd-deyn”¹² şeklinde bir kullanım yer almaktadır. Bunlar arasında en çok kullanılan ifade biçimi budur. Ancak hepsinin anlamı aynıdır. Nitekim Bâcî (ö. 480/1086) şöyle demiştir: “Borcun borç karşılığında feshedilmesinin (feshu'd-deyn fi'd-deyn) anlamı, zimmetin, bizzat meşgul olduğu şeyin dışında başka bir şeyle meşgul edilmesidir.”¹³

B. Borcun Borç Karşılığın Feshedilmesinin Farklı Uygulama Biçimleri ve Hükümleri

Borcun borç karşılığında feshedilmesinin farklı şekillerde uygulamaları vardır. Ancak biz burada araştırılması istenen üç biçimini ele alacağız.

1. Borcun Başka Bir Borç Karşılığında Doğrudan Feshi

Borcun borç karşılığında doğrudan feshedilmesinin en açık uygulama biçimi, borcun miktarını arttırarak vadeyi uzatmaktır. Bu borcun ödünç (karz),

4 Sahnûn, *el-Müdevvene*, VIII, 108; IX, 128, 131, 132.

5 Sahnûn, *el-Müdevvene*, VIII, 110, 127; IX, 137, 138.

6 Sahnûn, *el-Müdevvene*, VIII, 110.

7 Menûfi, *et-Tehzîb*, III, 142, 159.

8 Menûfi, *Kifâyetü'r-tâlib er-Rabbânî*, III, 340, 373

9 Karâfi, *ez-Zehîre*, V, 303, 353, 364.

10 Karâfi, *ez-Zehîre*, V, 365.

11 Karâfi, *ez-Zehîre*, V, 566.

12 Halil, *Muhtasar*, s. 187.

13 Bâcî, *el-Müntekâ*, V, 33.

satım veya herhangi bir akitten doğmuş olması arasında da fark yoktur. Mesela bir kimsenin başkasından alacağı bin liralık borcun vadesi geldiğinde borçlunun ona “vadeyi bir ay daha uzatalım ve ödemeyi 1010 lira yapayım” demesi böyledir. Alacaklının borçluya “borcun miktarını on lira arttırman şartıyla vadeyi bir ay uzattım” diyerek yapılan işlem de bu kabildendir. Günümüzde tefecilerin, geçmişte Cahiliye Araplarının yaptıkları işlem budur. Bu uygulama Cahiliyede “vadeyi uzat borcu arttırıyım” ve “Ya öde, ya artır” isimleriyle anılırdı. Bu işlemin yasak olduğu konusunda ihtilaf yoktur.

Derdîr (ö.1201/1786), bu uygulamayı “borcun borç karşılığında açıkça feshedilmesi” olarak niteler. Bunun anlamı şudur: Alacaklının borçludan alacağını istemesi üzerine teslimi daha sonra olacak bir şey karşılığında borcun feshedilmesidir.¹⁴

Borcun miktarını arttırmaksızın veya miktarında indirim yapmak suretiyle vadenin ertelenmesinde ise bir sakınca yok, hatta bu menduptur.¹⁵

2. Alacaklının Borçluya Bir Mal Satması Suretiyle Borcun Borç Karşılığında Feshi

Bu uygulama şu şekilde ortaya çıkmaktadır. Bir şahıs başka birine bir miktar borç (karz) para verir. Daha sonra borç alan kişi, bu paralarla kendisine borç veren bir mal satın alır. Karz akdinden doğan borç vadeli olup, borçlu o borca karşılık satın alınan malı vadeli alırsa bu işlem caiz değildir. Çünkü bu işlemde ödünç verilen paranın tamamı, kendisinden bir eşya satın alınmak suretiyle borç verene olduğu gibi geri dönmektedir. Bu durumda borç alanın zimmeti karz akdinden doğan ve alacaklıya semen olarak verdiği borcun aslıyla meşgul kalmaktadır. Böylece bir borç başka bir borç karşılığında feshedilmiş oldu. Zira bir şeyin elden çıkıp, tekrar iade edilmesi anlamsızdır (lağv).

Burada şunu belirtmek gerekir ki karz akdinden doğan borç vadeli olur ve satın alınan malın teslimi de peşin olursa işlem caiz olur. Karz akdinden doğan borcun vadesinin gelmiş olması durumunda ise, malın teslimi ister peşin ister vadeli olsun işlem caizdir.

Konuyla ilgili Müdevven’de şu ifadeler yer almaktadır:

Ona dedim ki; “Şayet biri bana bir miktar borç para verirse, aynı mecliste bu paralarla ondan buğday, kumaş vb. herhangi bir şey satın alabilir miyim?” Şöyle

14 Derdîr, eş-Şerhu’l-kebir, III, 137.

15 Menüfi, Kifâyetü’t-tâlib er-Rabbâni, III, 340.

cevap verdi: “Sana daha sonra ödemen üzere hemen teslim ederek borç verdiyse, senin ondan aldığın bu parayla hemen teslim almak üzere buğday satın alman caizdir. Yine sana hemen teslim ederek borç verdiyse ve sen borç aldığın bu paraları ona teslim ederek onunla buğday almak üzere selem akdi yapman veya hemen teslim almak üzere buğday satın alman da caizdir. Ancak kendisi sana vadeli ödemen üzere borç verdiyse, sen de bulunduğun mecliste ondan aldığın paranın bizzat kendisini ona teslim ederek, daha sonra buğday almak üzere onunla selem akdi yaparsan bunda hayır yoktur (caiz değildir). Zira bu, borç karşılığında borçtur. Çünkü bulunduğun mecliste ondan borç aldığın paraları -ra’sü’l-mâl olarak- ona aynen geri verirsene; vadeli olarak sana buğday borçlanmış, bunun karşılığında da senden vadeli olarak bir miktar para alacaklı olur. Böylece bir borç başka bir borç karşılığında satılmış olur.”¹⁶

3. Alacaklının Borçludan Bir Mal Satın Alması Suretiyle Borcun Borç Karşılığında Feshi¹⁷

Bu tür işlemlerde borç bazen bir malın aynı karşılığında, bazen de menfaatleri karşılığında feshedilmektedir.

Birinci durumun örneği şudur: Bir şahıs başka birine bir miktar borç para verip; sonra bu alacağı karşılığında ondan akit meclisinde bulunan (hazır) veya akit meclisinde bulunmayan (gâib) bir mal satın almasıdır.

Bu işlem, ister borcun vadesi gelmiş olsun ister gelmemiş olsun, satın alınan mal akit meclisinde hazır değilse caiz olmaz. Çünkü bu borcun borç karşılığında feshedilmesi cümlesindedir. Şöyle ki, satılan maldan doğan borç, karz akdinden doğan borç karşılığında feshedilmektedir.

Müdevvene'de konuyla ilgili şu ifadeler yer verilmektedir: *Başkasında olup da henüz teslim almadığın peşin alacaklarını veya vadeli alacaklarını -ister ödeme günü gelsin ister gelmesin- kabzetmeden önce onu bir şey karşılığında borçluya satıp da erteleme.*¹⁸

Bu durumda taraflar ayrılmadan teslim (kabz) işleminin gerçekleşmiş olması gerekir. Bu husus *Müdevvene*'de şöylece ele alınmaktadır:

(O'na), “Bir adama vadeli olarak ödünç (karz) buğday versem ve ödeme zamanı geldiğinde kendisinden alacağım olan buğdayı para (dinar, dirhem) karşılığında pe-

16 Sahnûn, *el-Müdevvene*, VIII, 110.

17 Yazar bu kısmın kendisi tarafından eklendiğini söylemektedir. (mütercim)

18 Sahnûn, *el-Müdevvene*, IX, 137.

şin olarak ona satsam, fakat kabzdan önce ayrılırsak bu fâsit olur mu diye sordum. (Şöyle cevap verdi): “Ondan parayı akit meclisinde teslim almadığın müddetçe bu caiz olmaz. Ancak ona “Bizi çarşıya götür orada sana parayı teslim edeyim” dersen veya onun sana “Bizi eve götür de paranı vereyim” derse caiz olur. Buna karşılık kabz olmadan ayrılırsınız da ondan bu parayı alacaklı olursan bu geçerli değildir. Çünkü bu borç karşılığında borç işlemidir.”¹⁹

Ebû Sa’îd İbnü’l-Berâzi’î (ö. 372/983), bu hükmü şu şekilde özetlemiştir: “Satım veya karz akdinden doğan başkalarındaki alacaklarını (deyn), karşılığında bir şey almak suretiyle feshetmek istediğinde bedeli peşin olarak teslim almadan bunu yapma. Ödeme zamanı gelmeden önce veya geldikten sonra alacağın karşılığında ondan -borçludan- muayyen bir mal alırsan, o malı kabzetmeden meclisten ayrılma. O malın teslimini erteleme caiz değildir.”²⁰

Bu işlem, borcun feshedilmesine karşılık alınacak mal/eşya akit meclisinde bulunursa (hazır) caiz olur. Bu durumda, teslim işlemlerinden dolayı, kabzın kısa süre gecikmesi akde zarar vermez. Bu bir-iki gün sürse bile hüküm değişmez. Çünkü bu, borcun başka bir borç karşılığında feshedilmesi anlamına gelmez.

Müdevvenede bu hükmü ortaya koyan şu metni olduğu gibi aktarıyorum:

(O’na), “Bir adamın benden bin dirhem alacağı olsa ve ödeme günü geldiğinde ona elimde hazır bulunan bir malı bin dirheme satsam, o da buna razı olsa ama malı teslim almadan kalkıp evine gitse ne dersin” diye sordum. (Şöyle dedi): “Bu akit caiz olur, adam evinden geri çıkınca mebî’i kabzeder. Çünkü bu hususta Mâlik bana şunları söyledi:

“Bir adamdan alacağın varsa, ondan bu alacağın karşılığında muayyen ama akit meclisinde olmayan (gâip) bir malı satın alma...” Senin bana sorduğunda ise adam satın aldığı mal akit meclisinde hazır bulunuyorsa, satıcının müşteriyi onu kabzetmekten alıkoymasına artık söz konusu olmaz. O halde bu adam eve girdiğinde kendi malını orada bırakmış, geri döndüğünde ise malını almıştır. Ayrıca ben Mâlik’e bir kimse alacaklı olduğu şahıstan alacağına karşılık buğday satın alsa, fakat bu buğdayın miktarı fazlaca olduğu için borçlu buğdayı borcuna karşılık satacağını kabul ettikten sonra bu adam, “Ben yük hayvanlarımı almaya gidiyorum veya buğdayı koyacağım bir yer kiralayıp geliyorum ya da buğdayı taşımak için gemi kiralayacağım” dese ve bu bir-iki gün sürse, ne dersin diye sormuştum. (Mâlik’in cevabı şöyle oldu): Bunda bir beis yoktur. Burada deyn de söz konusu değildir. Bunu basit

19 Sahnûn, *el-Müdevvene*, IX, 137; Bâcî, *el-Müntekâ*, V, 33.

20 Berâzi’î, *et-Tehzîb*, III, 159.

*bir gecikme olarak görüyorum. Ancak bir kimse alacağına karşılık nakliye zahmeti ve masrafı olmayan az miktardaki keylî, veznî veya adedî olan bir gıda maddesi alacak olursa -meyve vb. ile birazcık buğday gibi- hamal veya ölçek getirecek kadar uygun bir sürenin dışında fazla geciktirmesi caiz değildir.*²¹ İşte buğdayın durumunu bu şekilde Mâlik'in bu görüşüne göre değerlendir.

Borcun bir ayının menfaati karşılığında feshedilmesi olan ikinci durumun örneği; alacağın borçluya ait bir evin kiralanması karşılığında feshedilmesidir. Mesela, bir kimsenin başkasında bin dinar alacağı var ve ödeme vakti geldiğinde borçlunun alacaklıya “Benden bin dinar alacağına karşılık, şu evimi oturman için sana on aylığına kiraya veriyorum” demesi ve alacaklının da bunu kabul etmesi böyledir.

Bu şekildeki uygulamanın hükmü şöyledir:

İbnü'l-Kâsım (ö.191/807), Mâlik'ten caiz olmadığını, Eşheb (ö.204/820) ise caiz olduğunu nakleder. İbnü'l-Kasım'ın rivayetine göre, borçlunun zimmeti mevcut durumda borçlu olduğu şey ile işgal edilmiştir. Şayet zimmetindeki bu borca karşılık bir evin oturma menfaatini verecek olursa, zimmeti ancak kira süresinin bitiminde borçtan kurtulacaktır. Böylece zimmetindeki borç bulunduğu halden, kira sözleşmesinin bitiminde borçtan kurtulacak şekilde başka bir duruma dönüşmüş olacaktır. Bu sırada evin kullanılmasının önünde bir engel çıkarsa, alacaklı borçludan bunun kıymetini isteyeceğinden zimmeti meşgul olduğu şeyden farklı bir şeyle meşgul edilmiş olacaktır. Bu da borcun başka bir borç karşılığında feshedilmesi kabilindedir.

Eşheb'in naklettiği görüş ise alacaklının evi teslim alması, menfaatinin teslimi anlamına gelir şeklinde yorumlanmaktadır.²²

Bu mesele Müdevvenede şu şekilde yer almıştır:

*(O'na), “Bir kimsede peşin veya vadeli olan alacağıma karşılık ondan bir yıllığına evini veya bir aylığına kölesini kiralamam caiz olur mu?” diye sordum. (Bana), “Bu hususta Mâlik'in; alacağı ister vadeli olsun ister peşin olsun bu caiz değildir. Çünkü bu borç karşılığında borç olur. Zira bu adam para alacağını feshedip karşılığında tamamını kabzetmediği bir şey almıştır.” dediğini aktardı.*²³

Karâfi, konuyla ilgili farklı yaklaşımların olduğunu zikreder:

21 Sahnûn, *el-Müdevvene*, IX, 137-138.

22 Bâcî, *el-Müntekâ*, V, 33.

23 Sahnûn, *el-Müdevvene*, IX, 128.

Peşin olsun vadeli olsun borç/alacak karşılığında bir evin ya da bir tarlanın menfaatini veya henüz çiçek halinde olan meyveleri alma. Çünkü bunların teslim alınması doğal olarak hemen gerçekleşmez. Böylece bir borç başka bir borç karşılığında feshedilmiş olur. Bu hususta Kadı Sened (ö. 541/1147), Mâlik'ten bunun caiz olduğunu nakleder. Çünkü bir malın kendisini teslim etmekle menfaati de teslim edilmiş sayılır. Ondan nakledilen bir başka görüşe göre ise menfaatler para alacağının vadesi dolmadan elde ediliyorsa bu caizdir. Aksi durumda Cahiliye ribası olmaması için bu geçerli olmaz. Tabi ki bu, borç karşılığında menfaati verilen ev vb. ayının belirli (muayyen) olması durumunda böyledir. Muayyen değilse, hiçbir şekilde caiz olmaz.²⁴

4. Selem Akdi Yapmak Suretiyle Borcun Borç Karşılığında Feshedilmesi ve Hükümü

1) Selem akdi yapmak suretiyle borcun borç karşılığında feshedilmesinin uygulama biçimlerinden birisi, bir kimsenin selem yoluyla buğday satın alıp ödeme zamanı gelmeden ya da geldikten sonra satıcı (müslemün ileyh), müşteriye (rabbü's-selem) buğday yerine mısır vermesi şeklindedir.

Bu işlemin selem akdinden doğan borcun ödeme vakti gelmeden yapılması caiz değildir. Borcun vadesi dolduktan sonra ise bedel müeccel olursa caiz olmaz.

Konuyla ilgili Müdevven'e de şu ifadeler yer alır: (O'na), *Bir şahısla beyaz buğday almak üzere selem akdi yapmam ve ödeme vakti gelmeden onunla karşılaşıp ona "Bana bir iyilikte bulunup, senden alacağım beyaz buğdayı, vadeli olacak şekilde esmer buğday yapmam" desem ve o da bunu kabul etse ne dersin" diye sordum. (Şöyle dedi): Mâlik'e göre bu caiz değildir. Çünkü sen beyaz buğday alacağımı, vadeli şekilde alacağım esmer buğday karşılığında feshediyorsun ve bu caiz olmaz. Görmüyor musun sen borcu borç karşılığında feshediyorsun.*

(O'na), *"Borcun ödeme günü gelmişse, beyaz buğday yerine esmer buğday almam veya tam tersini yapmamda bir beis var mı" dedim. (Bana), "Mâlik'e göre bu peşin olursa bunda problem yoktur. Çünkü bu bedel gibidir" diye cevap verdi.*²⁵

2) Selem akdi yapmak suretiyle borcun borç karşılığında feshedilmesinin bir diğer uygulama biçimi, müşterinin (rabbü's-selem) selem yoluyla aldığı ama gıda maddesi olmayan malı (müslemün fih), satıcıya (müslemün ileyh) ödeme günü gelmeden veya vade dolduktan sonra para ya da herhangi bir eşya karşılığında

24 Karâfi, *ez-Zehire*, V, 303.

25 Sahnün, *el-Müdevvene*, IX, 131.

satması şeklindedir. Bu işlem, borç karşılığında verilen para veya eşya vadeli olursa geçerli değildir. Ancak alınacak bedel peşin olursa, akit meclisinde kabzedilmesi şartıyla caizdir.

Bu hususta Mâlik şöyle der: “Her kim selem yoluyla vasıfları ve ödeme vakti belirtilen bir hayvan ya da bir eşya almak üzere semen (ra’sü’l-mal) olarak altın veya gümüş verirse, satın aldığı bu malı ödeme gününden önce de sonra da buğday (yiyecek) dışında istediği miktarda peşin alacağı herhangi bir mal karşılığında satabilir. Ne var ki, bu işlemin vadeli olması caiz değildir. Ancak selem akdinin konusu olan mal buğday olursa onu teslim almadan satamaz. Çünkü buğdayın kabzedilmeden satılması caiz değildir...”

Mâlik: “Selem yapmak suretiyle belirli bir vadeyle yiyecek-içecek cinsinden olmayan bir malı satın alan kimse, aldığı bu malı teslim almadan para veya mal karşılığında satın aldığı kişi dışında istediği birine satabilir. Satın aldığı kimseye (müslümün ilehy) ise bedelin peşin olması ve akit meclisinde teslim edilmesi şartıyla satabilir. Ancak ona vadeli satamaz. Yine Mâlik şunu der: “Şayet selem akdinden doğan borcun ödeme zamanı gelmemişse, müşterinin bu malı akit meclisinde teslim alacağı farklı cinsten bir mal karşılığında borçluya satmasında bir beis yoktur. Ancak vadeli olarak satamaz.”²⁶

Bâcî (ö.480/1086), bedelin akit meclisinde taraflar ayrılmadan kabzedilmesi veya bu hükümde olan bir şeyin yapılması bu satış işleminin sıhhat şartlarından olduğunu söyler. Çünkü ödeme vaktinden önce de sonra da bu işlem borcun borç karşılığında feshi halini alır. Bu da ittifakla yasaklanmıştır.²⁷

3) Selem akdi yapmak suretiyle borcun borç karşılığında feshedilmesinin bir başka şekli de selem akdinde ikâle yapılmasıdır. Şöyle ki semen geç iade edilirse ikâle sahih olmaz.

Derdîr (ö.1201/1786), selem akdi ikâleyle feshedilirse semenin (ra’sü’l-mal) vadeli şekilde iade edilmesi caiz değildir. Çünkü semenin peşin ödenmemesi borcun borç karşılığında feshedilmesine yol açar. Bu nedenle bu borcun doğrudan (açıkça) borç karşılığında feshedilmesi hükmündedir.²⁸

26 Mâlik, *el-Muvatta’*, V, 32.

27 Bâcî, *el-Müntekâ*, V, 32.

28 Derdîr, *eş-Şerhu’l-kebîr*, III, 137.

C. Borcun Borç Karşılığında Feshedilmesinin Günümüzdeki Uygulamaları

1. Borcun Selem Akdinde Sermaye (Ra'sü'l-mal) Kılınması

Alacağın selem akdinde sermaye olması şeklindeki uygulama şu şekilde yapılır: Bir kimsenin başka birinden on bin dinar alacağı var ve ödeme günü geldiğinde borçlunun bu borcuna karşılık, selem akdi yapmak suretiyle alacaklıya bir miktar mısır satması hususunda anlaşmalarıdır.

Alacaklarının ödeme zamanı geldiğinde İslamî bankaların bir kısmında bu tür selem uygulandığını biliyoruz.

Kanaatimizce bu işlem caiz değildir. Özellikle de İslâmî bankaların bunu yapması caiz olmaz.

Bu meselenin fikhî açıdan tahlili özetle şu şekildedir:

İbn Kudâme (ö.620/1223), birinin başka bir kimsede dinar alacağı olup da bu alacağına karşılık onunla selem akdi yaparak ondan vadeli şekilde buğday satın almasının sahih olmadığını söyler. Bu hususta İbnü'l-Münzir (ö.319/930) şunları kaydeder: “Aralarında Mâlik, Evzâ’î, Nevevî, Ahmed, İshak, re’y ehli ve Şâfiî’nin de yer aldığı ilim ehlinde bildiğim kim varsa bu konuda ittifak halindedirler. Ayrıca İbn Ömer’in “Bu sahih değildir; çünkü müslümün fih zaten zimmette borçtur (deyindir). Semen de borç (deyn) olursa, bu borcun borç karşılığında satılması olur. Bu ise icma ile sahih değildir” dediği nakledilir.”²⁹

İbnü'l-Kayyim (ö.751/1350), bu hususta icma oluştuğunu kabul etmez. Bu işlemi geçerli sayarak, bunu “vacip olanın, sâkıt olan karşılığında satılması” olarak isimlendirir. Bu da bir kimsenin zimmetinde olan paralara (dirhem) karşılık selem yoluyla bir miktar buğday alma şeklinde yapılır. Böylece bir borç zimmetinden düşerken (sâkıt), başka bir borç sabit olmaktadır (vacip). İbnü'l-Kayyim: “Bu işlemin yasak olduğu hakkında icma oluştuğu iddia edilir. Ancak hocamıza göre, bu konuda icma yoktur. Kendisi de bu işlemin cevazını tercih etmiştir. Bize göre de isabetli olan budur. Çünkü bunda hiçbir mahzur yoktur. Ayrıca bu borcun borç karşılığında satılması değildir. Bu nedenle yasağı bildiren nassın lafzı bunu kapsamaz. Borcun borç karşılığında satılması anlamına da gelmediği için, konuyla ilgili nassın genel anlamının kapsamına girmez.”³⁰

Bu mesele, Mâlikîler’de “borcun borç karşılığında feshi” diye anılan borcun borç karşılığında satılması kabilindedir. Bu nedenle meşru olmadığını düşünün-

29 İbn Kudâme, (ö.620/1223) *el-Muğni (eş-Şerhu'l-kebirle birlikte)*, IV, 336.

30 İbnü'l-Kayyim, *İ'lâmü'l-muvakkî'in*, I, 340.

yoruz. Zira bu işlem faiz veya faiz şüphesinden hâli değildir. İşte bu söz konusu uygulamanın en önemli mahzurlarındandır. Çünkü bu uygulamaya genellikle borçlunun borcunu vaktinde ödeyemediği veya ödeme günün ertelenmesini istediği durumlarda başvurulur. Bu durumlarda borcuna karşılık alacaklıya kendisinden selem yoluyla bir mal almasını teklif eder ve alacaklı da bunu kabul eder. Çünkü alacaklı çoğu zaman bu yolla alacağından daha fazlasını elde eder. Dolayısıyla bu “vadeyi uzat, miktarı arttırıyım” şeklindeki yasak işlemin kapsamına girer. İşte bu yüzden vadesi dolduğunda borçlu ödeyecek durumda olmadığından, İslamî bankaların müşterilerinden alacaklarını selem akdinin semeni olarak dönüştürmesinin yasak olması hususundaki kanaatimiz kuvvet kazanmaktadır.

İbnu'l-Kayyim'in, hocasının bu işleme cevaz verdiği şeklindeki görüşü ise sahih değildir. Çünkü İbn Teymiyye (ö.728/1327), bu işlemi yasaklamış, yasaklanması konusunda da ısrarcı davranmıştır.

İbn Teymiyye: “Bir şahıs vadeli olarak buğday satın alır da satıcı bu alacağına karşılık bir eşya istese ve bu vadeli olursa caiz olmaz. Nitekim bu borcun borç karşılığında satılmasıdır. Aynı şekilde açıkça faize yol açacak şekilde semenin arttırılmasına karşılık vadenin uzatılması da caiz değildir. Böyle yapılırsa bile satıcının ilk borcun dışında bir alacağı yoktur. İşte bu Allah (c.c)'in hakkında ayet indirdiği faizdir ki; adam alacaklısına: “Borcunu ödeyecek misin yoksa arttıracak mısın” der. Borçlu ödeme yapamazsa, alacaklı borcu erteleyip miktarını artırır. Allah ve Rasûlü bunu haram kılıp, bundan vazgeçmeyenlerle savaşılmaması emrini verdiler.”³¹

2. Borcun Murâbahâ Yoluyla Feshedilmesi

Borcun borç karşılığında feshi konusunda günümüzde bazı bankaların ortaya çıkardığı uygulamalardan biri de şöyledir: Banka selem akdi yaptığı müşterisiyle ödeme zamanı geldiğinde borçlunun elinde akitten doğan borcu ödeyecek bir şey -müslemün fih- yoksa banka ona, murâbahâ yöntemiyle aynı cinsten bir malı ilk semenden -selem akdindeki semenden- daha fazla bir fiyata vadeli olarak satar. Sonra müşterisine sattığı bu malı selem akdinden doğan borcunu ödemek üzere kendisine vermesini şart koşar.

Bu işlem bu haliyle caiz değildir. Çünkü bu durumda borçlunun selem akdinden doğan borcu, ilk semenin miktarını arttırmak suretiyle rabbü's-selemle -selem akdindeki müşteri- yaptığı murâbahâ sözleşmesinden doğan borç karşılığın-

31 İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, XXIX, 429.

da feshetmesi söz konusudur. Böylece bu işlem borcun başka bir borç karşılığında feshedilmesi oldu. Ayrıca bu işlemde arada bir malın olmasına da itibar edilmez. Çünkü elden çıkıp da olduğu gibi geri dönen şeyin bir anlamı yoktur.

Bu işlem, müşterinin borçlu olduğu malın mislini üçüncü bir şahıstan vadeli olarak satın alıp bankaya (müslim) ödeme yapması durumunda sahih olabilir. Çünkü bu şekildeki işlem, borcun borç karşılığında feshi değildir. Burada borcun borçlanarak ödenmesi söz konusudur. Aynı şekilde satıcının (müslimün ileyh), borcunu ödemek üzere borçlu olduğu malın mislini alacaklıdan (müslim) piyasa değeri üzerinden veya daha düşük bir fiyata, vadeli olarak satın alması da sahih bir işlemdir. Ne var ki, bunun şart koşulmamış olması ve alacaklının-yani bankanın- bu işlemin borcun ödenmesi için yapıldığını bilmemesi gerekir.

3. Borçların Yapılandırılması

Borçların yapılandırılması, Cahiliye döneminde olduğu gibi, “ya öde ya arttır” ve “vadeyi uzat borcu arttırıyım” şeklinde uluslararası işlemlerde de bilinen ve uygulanan bir işlemdir. Ancak Paris Kulübü’nde (Club de Paris) borç veren büyük devletler, borç alan küçük devletlerle bir araya gelerek borcun kıymetinden daha az bir miktar karşılığında borçlarını feshederler. Bu miktar borçlu olan fakir devletin durumuna göre farklılık arz eder. Bazen bu oran %50'lere nadiren de %90'lara kadar ulaşır. Bu, İslam hukukunun güzel gördüğü ve kabul ettiği şekilde borcun borç karşılığında feshi işlemidir. Hatta bunu yapan sevap kazanır.³² Ancak bu indirim için destek veren zengin devletler borcun kalan kısmını yeniden yapılandırarak kalan miktar üzerinden kâr/faiz alıyorlar. Böylece indirim işlemiyle yaptıkları iyiliği bozmuş oluyorlar.

Allah'tan başka güç ve kuvvet verecek yoktur.

MÂHIYETİN DEĞİŞMESİ VE FIKHİ HÜKÜMLERE ETKİSİ

Ebû Rızâ Muhammed Nizâmüddîn en-NEDVÎ*

Arş. Gör. Kezban ALGÜL **

Hamd Âlemlerin Rabbine, salât ve selam onun değerli elçisi, onun âl ve ashâbı ve kıyâmet gününe kadar güzel bir şekilde onlara uyanların üzerine olsun.

Eski olsun yeni olsun elden ele dolaşan fıkıh kitaplarının çoğu, mâhiyetin değişmesi ve bunun fıkhi hükümlere etkisi konusunu incelemiştir. Bu konu; temizlik, necâset, helâl, haram ana başlıkları altında bunları kullanmanın, çeşitli yollarla bunlardan istifâde etmenin hükmü alt başlıklarını içermektedir. Yani mâhiyetin değişmesi hükümlere etki eder mi? Bir şeyin mâhiyetinin değişmesiyle hükmü de değişir mi değişmez mi? Bazı fakihlere göre mâhiyetin değişmesi eşyanın temiz veya necis sayılmasının bir sebebi, diğer hükümler için de bir etki unsuru iken diğer bazılarına göre ise necislik hükmünün temize dönmesi için mutlak (her durumda, her şeyde geçerli) bir sebep değildir, ancak bu ikinci grup bu sebebin bazı şeylerin hükmünü değiştirdiğini tercih etmekte ve ellerinde başka deliller olduğu için bazı şeylerin hükmünde ihtilaf etmektedir.

İleri gelen âlimler ve söz sahibi fakihlerin tamamı yalnızca şu konuda görüş birliğine varmışlardır. Bu da şarabın necis olduğu ve mâhiyetinin değişmesiyle hükmünün de değişeceği. Şöyle ki; tüm âlimlere göre şarap sirkeye dönüşürse temiz hale gelir.¹ Diğer mütekavvim mallar gibi onun da tüketilmesi, kullanılması

* Prof. Dr. Ebû Rızâ Muhammed Nizâmüddîn en-Nedvî, Bangladeş ulemasından olup Arap Dili ve Edebiyatı alanındaki yüksek lisansının ardından doktora eğitimini Lucknow Üniversitesinde tamamlamış, Dâru'l-Meârif el-İslâmiyye Üniversitesinde Hadis ve Arap Edebiyatı alanlarında dersler vermiştir. Bangladeş Cumhuriyeti Ulusal Parlamento üyesi olan yazar Allâme Fazlullah Vakfının kurucusu ve şimdiki başkanıdır. Makalenin orijinal ismi "تغير الماهية وأثره في الأحكام الفقهية" olup; 2006 yılında "Dirâsâtü'l-Câmiati'l-İslâmiyyeti'l-Âlemiyye" isimli dergide yayınlanmıştır. Tercüme edilirken kaynaklar yazarın belirttiği şekilde aktarılmıştır. Bazı terimlerin tam Türkçe karşılıklarının olmaması, manayı tam karşılamaması gibi sebeplerle Arapça asılları kullanılmış, gerekli görüldüğünde dipnotlarla bu terimler hakkında bilgi verilmiştir.

** Karabük Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı, kezban_algul@hotmail.com

1 İttifak; dışarıdan bir müdahale olmaksızın kendiliğinden dönüştüğünde temiz olacağı hususundadır. Şâfiî ve Hanbeliler'e göre şarap içine bir şey atılmak suretiyle sirkeye dönüşse temiz olmaz. İttifak sadece dönüşmesinin bir şekli (dışarıdan müdahale olmaksızın kendiliğinden olan dönüşme) üzerindedir. İbn Âbidin, Muhammed Emîn b. Ömer *Reddül-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr*, Dâru İhyâit-Türâs, I, 315;

ve çeşitli yollarla ondan istifâde edilmesi helâl olur. Bu âlimlere göre aynı şekilde eğer meyve suyu veya sirke şaraba dönüşürse necis olur. Sirkenin temiz olduğuna delâlet eden sarîh hadis vârid olmuş; Hz. Peygamber (sav) “*Sirke ne güzel katıktır*”² buyurmuştur. Şarabın necisliği ise âyet ve hadislerle sabittir.

Peki sirke dışındaki diğer şeylerde mâhiyetin değişmesi hükme etki eder mi? Çağımızda ümmetin çözümüne çok ihtiyaç duyduğu en önemli meselelerden biri olan bu konuda âlimler ve fakihler ihtilâf etmiştir. Zira günümüzde hâlâ, hükümleri ele aldığımız bu konuyla alakalı olan yeni şeyler/durumlar ortaya çıkmaktadır. Hatta bunların bazıları, İslam ümmeti ve insanlığın en önemli günlük gereksinimlerinden ve temel ihtiyaçlarındandır. Bu sebeple konuyu yeniden ele alma ihtiyacı hasıl olmuştur.

Konuyu incelemeye geçmeden önce ilk olarak muhakkik âlimlerin ve dört mezhep müctehidlerinin bu konudaki görüşlerini ele alan fıkıh metinlerini -delilleriyle birlikte- aktaracağız. Ardından -Allah'ın yardımıyla-, konuyla alakalı çeşitli meselelerin hükmü hakkında görüşlerimizi açıklayan kapsayıcı bir değerlendirme sunacağız.

MÂLİKİ VE HANEFÎ MEZHEBİ

Malikî ve Hanefî mezhebi necisü'l-ayn³ olan bir şeyin istihâle⁴ ile temizleneceği görüşünü benimsemiştir. Çünkü şeriat, necislik vasfını bir şeyin mahiyetine vermektedir. O şeyin bazı parçalarının yok olmasıyla onun mahiyeti de yok oluyorsa tamamı yok olunca o mahiyet nasıl yok olmasın? Bunun bir benzeri de necis olan nutfedir. Nutfeye (meni-sperm) alakaya (kan pıhtısı) dönüştüğünde hâlâ necistir. Ama mudğaya (bir çiğnem et) dönüştüğünde temiz olur. Aynı şekilde meyve suyu temizdir, şaraba dönüştüğünde necis olur, şaraptan sirkeye dönüştüğünde yine temiz olur. Buradan anlaşılıyor ki; üzerine (temizlik ya da necislik hükmü) bina edilen vasfın ortadan kalkmasının ardından aynın istihâlesi⁵ gerçekleşir.

Mâlikilere göre şarap kuruyup sertleştiği zaman onun sarhoş edici özelliğinin kaybolması sebebiyle temiz olur. Necis bir şeyin yandıktan sonra kalan külü de te-

Desûkî, Şeyh Muhammed Arafê, *Hâşiyetü'd-Desûkî alâ Şerhi'l-Kebîr*, I, 52; Remlî, Şemsüddîn Muhammed b. Ebî'l-Abbâs Ahmed b. Hamza *Nihâyetü'l-muhtâc ilâ Şerhi'l-Minhâc*, Kâhire, I, 230; Buhûtî, Şeyh Mansûr, *Keşşâfü'l-Kinâ'*, Âlemü'l-Kütüb, Beyrut, I, 187.

2 Müslim, “Eşribe” 30.

3 Hâricî bir sebepten dolayı değil, bizzat kendi özü itibariyle necis olan şey. (trc.)

4 İstihâle: Bir maddenin kimyasal yapısındaki değişim yoluyla haram iken helale dönüşmesidir. (İsmail Yalçın, “Yiyecek”, *DİA*, XXXXIII, 556.) (trc.)

5 Maddeye karakteristik özelliklerini veren özün başka bir şeye dönüşmesi. (trc.)

mizdir. Çünkü ateş onu temizler. Desûkî; “Ateşin, necis maddeyi tam olarak yakması ve yakmaması arasında fark yoktur” der. Necis bir madde olan tezek ile pişirilen ekmek -tezeğin külü bulaşsa bile- temizdir. O ekmek yendikten sonra ağız yıkanmadan kılınan namaz sahih olur. Bu ekmeği taşırken namaz kılmak da câizdir.⁶

Hanefilere göre; (necis olduğu halde) necâseti ateşle değişen veya üzerindeki necâset eseri ateşle kaybolan madde temizlenir. Yine onlara göre necâset, özünün başka bir şeye dönüşmesi ile de temizlenir. Bu, İmâm Muhammed ve Ebû Hanîfe'nin görüşüdür. Fetvâ da buna göre verilir. Âlimlerin çoğu bu görüşü tercih etmiştir. Ancak Ebû Yûsuf bu görüşte değildir.

Dürrü'l-Muhtâr'da şöyle geçmektedir: “Necis hale gelmiş yağ kendisinden sabun yapılmasıyla temiz olur.” Umûmü'l-belvâdan dolayı o şekilde fetva verilir. Bu; tıpkı necis su ile sulanmış tandırda ekmek pişirmede bir sakınca olmaması, necis olmuş topraktan yapılan küpün, ateşte piştikten sonra üzerinde necâset izi kalmamışsa temiz hale gelmesi gibidir. Pisliğin/dışkının külü necis değildir. Aksi takdirde tüm beldelerde bu şekilde pişirilen ekmeğin de necis olması gerekirdi. Tuzun içine düşüp tuza dönüşen eşek veya domuz ve kuyuya düşüp çamura dönüşen pislik de necis değildir. Çünkü bunların özü değişmektedir.

Muhakkik İbn Âbidîn: Bil ki; İmâm Muhammed'e göre (necis olan maddenin istihâl ile temiz olmasındaki) illet onun/maddenin hakikatının değişip dönüşmesidir. O, bu fetvâyı umumü'l-belvâdan dolayı vermiştir. Eğer böyleyse; üzümü necis olan pişmiş pekmez, susamı necis olan tahin de temiz olur denirse, ona derim ki; pekmezde hakiki bir dönüşüm yoktur. Çünkü pekmez üzüm suyunun kaynatılarak kıvamlı hale getirilmiş şeklidir. Aynı şekilde susam öğütülüp onun yağı susam parçacıklarıyla karıştığında sadece vasfı değişir. Bu, şarabın sirkeye dönüşmesinden, tuzlaya düşen eşeğin tuza dönüşmesinden, dışkının küle veya çamura dönüşmesinden farklı olarak sütün peynir, buğdayın un ve unun ekmek olması gibidir. Şarabın sirkeye, eşeğin tuza, dışkının kül veya çamura dönüşmesi örneklerinin hepsinde sadece vasıf değişmesi değil bir maddenin başka bir maddeye tam olarak dönüşmesi söz konusudur. (İnkılâb-ı ayn illetine dayanılarak bu şeylerin temiz olduğu görüşünün seçilmesinin gerekçesi umûmü'l-belvâdır.)⁷

Şeyh İbrahim Halebî: Bıçak, koyunun kafası veya benzeri bir şeye kan bulaşsa, sonra bunlar ateşe atılsa, ateş kanı yakar ve kanın kalıntıları giderse koyun kafası, bıçak vb. temiz olur.⁸

6 Desûkî, *Hâşiyetü'l-Desûkî*, I, 52, 57; Derdir, Ahmed, *Alâ Şerhi'l-Kebîr*, Dârü'l-Fikr.

7 Haskefi, *ed-Dürrü'l-muhtâr mea Reddî'l-muhtâr*, Dârü lhyâit-Türâs, I, 315-316, 326,

8 İbn Emir Hâc, *Şerh-u Münyeti'l-musallî*, 177.

İbn Âbidîn: “İlim ehlinden bazılarının sandıkları gibi ateşe giren her şeyin temizlendiğini zannetme! Bilakis burada kastedilen; ateşle mâhiyeti değişen ve eseri kaybolan necâsetin temizlendiğidir.”⁹ Bundan dolayı bu konudaki sözleri Münye’de ve diğer eserlerde bu şekilde sınırlandırıldı.

Hanbelî ve Şâfiî Mezhebi: Hanbelî ve Şâfiîler aynı necis olan bir şeyin istihâle ile temizlenmeyeceği görüşünü benimsemişlerdir. Çünkü Hz. Peygamber, necâset yemesi sebebiyle cellâlenin¹⁰ et ve sütünün tüketilmesini yasakladı.¹¹ Şayet (necâset) istihâle ile temizlenseydi yasaklamazdı. Remlî der ki; “Tuzlaya düşerek tuza dönüşen veya yanarak küle dönüşen meyte gibi, necis olan bir şey kesin olarak yıkanmakla ve istihâle ile temizlenmez.”¹² Hanbelî mezhebinden Buhûti’ye göre de necâset ateşle temizlenmez. Dolayısıyla tezeğin külü de necistir, necis olmuş yağdan yapılan sabun da necistir. Bir köpeğin tuzlaya düşüp tuza dönüşmesi veya sabunluğa düşüp sabuna dönüşmesi hallerinde de hüküm aynıdır.

Ancak Hanbelîlere göre alaka, mudgaya dönüştüğü zaman daha önce necisken sonra temiz hale gelir. Çünkü o alakaya dönüşmekle necis olur. Bu durum ortadan kalktığı zaman o tekrar temiz olan aslına döner. Bu durum, necis bir maddenin girmesiyle necis olan ve daha sonra temiz su ilave edilerek tekrar temizlenen su gibidir.¹³

Hanbelî mezhebine mensup olan İbn Kudâme’nin *Muğni* isimli eserinde bu konu şu şekilde geçmektedir; mezhebin yaygın görüşüne göre, bir şey istihâle ile necâsetten temizlenmez. Kendiliğinden sirkeye dönüşen şarap bunun istisnasıdır. Bunun haricinde, yanıp kül olan necâsetler, tuzlaya düşüp tuza dönüşen domuz gibi şeyler istihâle ile temizlenmez. Şarabın sirkeye dönüşmesi, meytenin derisinin tabaklanması, cellâlenin hapsedilmesiyle bunların temiz olmasına kıyasla bütün necâsetlerin istihâle ile temizleneceği sonucuna da ulaşılır. Ancak mezhebin yaygın görüşü ilkidir. (Nitekim) İmâmımız domuz kızartılan tandırda pişen ekmeği yemeyi yasakladı.¹⁴

Çağdaş âlimlerden Dr.Vehbe Zuhayli: Özetlersek; Şâfiî ve Hanbelîler necis olmuş bir şeyi temizleyen şeyler konusunda Şâri’in muradına en yakın olanı dik-

9 İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, I, 315.

10 Pislik yiyen tavuk, koyun, sığır gibi hayvan. (Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2016, s. 69). (trc.)

11 Tirmizî, “Et’ime”, 24.

12 Remlî, *Nihâyetü’l-muhtâc*, I, 230.

13 Buhûti, *Keşşâfü’l-Kıma’*, I, 186-187

14 İbn Kudâme, *El-Muğni*, I, 97.

kate almışlardır.¹⁵ Bu konuda Hanefiler daha geniş davranmış, Mâlikîler de bazen onlara yaklaşmıştır. Pratikteki durum, insanların ihtiyaçları ve örflerinin tümü Hanefî mezhebinin görüşüyle amel etmeyi destekler. İbn Teymiyye de fetvalarında necâsetin istihâlesinin, necâsetin hem pisliğini hem kendisini ortadan kaldıracığını, artık onda necâset hükmünün kalmayıp temiz olacağını net olarak ifade eder.¹⁶

Allah'ın yardımıyla bizim bu konudaki fikrimiz ise şöyledir;

Fakihlerin yukarıda zikredilen metinlerinden şu hususları anlıyoruz;

Birincisi; bütün âlimler şarabın sirkeye dönüşmesiyle temiz olduğu,¹⁷ müte-kavvim mal kategorisine girdiği, onu yemenin, içmenin, kullanmanın ve çeşitli yollarla ondan istifâde etmenin helâl olduğu konusunda ittifak etmişlerdir. Buna açıkça delâlet eden Hz. Peygamber'in hadisi bunun delilidir.¹⁸

İkincisi; Mâlikîlerde tercih edilen görüşe ve Ebû Yusuf dışındaki Hanefî fakihlerine göre mâhiyetin değişmesi her şeyde hükmü değiştirir. Mâhiyetin değişmesiyle aynı necâset temizlenir. Bunun tersi de mümkündür. Bu görüşlerine nutfeyi ve onun mudgaya dönüşmesini, şarabı ve onun sirkeye dönüşmesini delil gösterirler. Yine meytenin derisinin tabaklandıktan sonra temiz olmasını da delil gösterirler. Bu son ikisi yani şarabın sirkeye dönüşmesi ve meytenin derisinin tabaklanmasıyla onların temiz olacağı hakkında sarîh hadisler de vardır.¹⁹

Üçüncüsü; Şâfiî ve Hanbelîlerde tercih edilen görüşe göre mâhiyetin değişmesi eşyanın hükmünü etkilemez. Değişen şeyin hükmü, değişmeden önceki aslına göre verilir. Bu görüşlerine cellâle ve onun sütünün tüketilmesinin yasaklanmasını delil olarak gösterirler.²⁰ Ancak Hanbelîler bir meseleyi bundan istisna ederler. O da alakanın mudgaya dönüşmesidir. Ayrıca Hanbelî olan *Muğni* yazarının (İbn Kudâme) ifadelerinden değişimin eşyaya etki ettiği, ancak İmâm Ahmed b. Hanbel'in onlara domuz kızartılan tandırda ekmek pişirmeyi yasakladığı anlaşılmaktadır.

15 Yazara göre Vehbe Zuhayli; "Şâfiî ve Hanbelîler takvâ ve ihtiyâta daha yakın olanı göz önünde bulundurdular." şeklinde bir ifade kullansa daha doğru olurdu.

16 Vehbe Zuhayli, *el-Fikhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, I, 113.

17 İttifak kendiliğinden sirkeye dönüşen şarabın temiz olduğu hususundadır. İçine bir şey atılmasıyla (dışarıdan müdahaleyle) sirkeye dönüşen şarap Şâfiî ve Hanbelîlere göre temiz olmaz. Dönüşümün sadece tek şekli üstünde ittifak vardır. Bu kadarı da bahsettiğimiz konuda isbat olarak yeterlidir.

18 Müslim, "Eşribe" 30.

19 Şarabın sirkeye dönüşmesiyle helâl olacağına dâir hadislerin kaynağı yukarıdaki hadisin kaynağıyla aynıdır. Derinin tabaklanmasıyla temiz olacağına dâir birçok hadis vardır. Biri şu şekildedir; "Tabaklanan her deri temiz olur" (Tirmizî, "Libas" 7) Sahih-i Müslim'de de şu lafızla tahrîc edilmiştir: "Deri tabaklandığında temiz olur." (Müslim, "Hayz" 105).

20 Ahmed b. Hanbel, *Müsned*; Ebû Dâvûd, Tirmizî, *Sünen*. (İbn Ömer'den rivâyet edilmiştir, Hasan bu hadisin garîb olduğunu söylemiştir. Bunun hakkında daha sonra açıklama yapılacaktır.)

ZİKREDİLEN GÖRÜŞ VE METİNLERİN TARTIŞILMASI VE TERCİH EDİLEN GÖRÜŞ

Bu konudaki görüşümüzü açıklamaya geçmeden önce fakihlerin sundukları delillere ve zikredilen görüşlerine derinlemesine bakmak istiyoruz. Böylece görüş ve delillerini karşılaştırmamız mümkün olur ve konuyla alakalı şeylerin hükümleri hakkındaki görüşlerini izah etmemiz kolaylaşır.

Bize göre aslında şarap ve sirke (iki ayrı şey değil) sarhoş edicilik vasfının değişmesiyle hükmü de değişen tek bir şeydir. Âlimler şarabın sirkeye dönüşmesiyle temiz olduğu konusunda ittifak etmişlerdir. Sirkenin temiz olduğuna delâlet eden hadis olmasaydı bunda da ihtilâf ederlerdi. Çünkü şarap ve sirke arasında (hüküm farkına sebep olan) illet -Allah'u a'lem- sadece sarhoş etme özelliğinin olup olmamasıdır. Yoksa aralarında çok büyük bir değişme söz konusu değildir. Bir şeyin kendisi ve mâhiyeti bir şeyden başka bir şeye dönüşürse onun hükmünün de değişmesi daha doğru olanıdır. Açıktır ki sirke sıvıdır ve insanlar onu içecek olarak kullanır. Bir şeyin sıvı olması özellikle de içecek olması ihtiyatlı davranmayı gerektirir. Sirke yasak olmaya daha yakın olmasına rağmen onun temiz olduğuna ve vasfının değişmesiyle hükmünün de değiştiğine dâir nas vardır. Bunun yanısıra onun temiz olduğuna dâir vârid olan hadis insanların ona çok ihtiyaç duyması (umûmü'l-belvâ) illetine dayanmaktadır. Buradan açıkça anlaşılıyor ki insanlar bir şeye çok ihtiyaç duyarsa (umûmü'l-belvâ ortaya çıkarsa) -açık şer'î bir delile aykırı olmaması şartıyla- onun hakkındaki hüküm daha hafifletici ve daha kolaylaştırıcı olur. Şarapla ilgili bu hadis, fukahanın incelemesine arzedilen bu konuda, özellikle insanların bu gibi şeylere çok ihtiyaç duymasından dolayı günümüzde açık bir delil sayılır.

Hanbelî olan İbn Kudâme'nin *Muğnî*'deki "Şarabın sirkeye dönüşmesiyle, meytenin derisinin tabaklanmasıyla, cellâlenin hapsedilmesiyle temiz olmasına kıyasla bütün necâsetlerin istihâle ile temizleneceği sonucuna ulaşılır." İfadesi bu söylediklerimizi destekler niteliktedir.

Bize göre; onların sözlerinden, açık olan edilen illetin insanların sıkıntı çektiği konularda kabul edilmeye elverişli olduğu anlaşılır. İbn Kudâme kendi görüşünü açıkladıktan sonra Ahmed b. Hanbel'in onlara domuz kızartılan tandırda ekmek pişirmeyi yasakladığını aktarmıştır. Onun Ahmed b. Hanbel'den aktardığı bu yasak her durumda herkes için geçerli kapsayıcılıkta bir delil olmaya uygun değildir. Çünkü burada hüküm açık değildir. Benzerleriyle arasında tam ve yeterli bir alaka yoktur. Kaldı ki bu yasak, umumü'l-belvanın olduğu bir konu hakkında da değildir.

Hanbelîler, alakanın mudgaya dönüşmesi meselesinde Hanefîler ve Mâlikîlerle görüş birliği içindedirler. Ancak onlardan farklı bir illete dayanmaktadırlar. Fakat öyle anlaşılıyor ki; alaka konusunda Hanbelîlerin hüküm vermelerinde etkili olan illet Hanefî ve Mâlikîlerin dayandıkları illetin aynısıdır.

Şunu da söylememiz gerekir ki; Şâfiîlerin görüşlerini delillendirdikleri cellâle hadisi, onların görüşlerine delil olmada yetersizdir. Halbuki onların görüşünden farklı bir görüşe delil olan benzer deliller bulunmaktadır. Cellâle birkaç gün hapsedildikten (necâset yemesi engellendikten) sonra kesin olarak aslî helallığıne nasıl dönüyor?!

Hanefî ve Mâlikîlerin mesela tuzlaya ve sabunluğa düşen domuz ve köpeğin -herhangi bir kayıt koymaksızın- (necislik) hükmünün değişip temiz tuz ve sabun hükmünü alacağına dâir görüşleri üzerinde ise düşünmek gerekir. Bunlardaki illet; sirke, mudga ve tabaklanan derideki illete şu sebeplerden dolayı benzememektedir.

a) Şarap ve sirkeye dönüşen meyve suyu, temiz hale gelen necis deri, hapsedildikten sonra helâl olan cellale, mudgaya dönüşen alaka örneklerinin hepsinde yeni bir vasıfla tamamen başka bir şeye dönüşme söz konusudur. Zaten ilk ikisi hakkında şer'î nas vârid olmuştur.

b) (Tuzlaya ya da sabunluğa) Domuz, köpek veya insanın düşmesi insanların çok sık karşılaşacağı bir durum değildir. İçine köpek, eşek ya da domuz düştükten sonra bile tuzun hâlâ temiz olduğunu söylersek, temiz bir şeyin necis hale gelmesi olgusunu ortadan kaldırmış oluruz ve yasak olan hiçbir şey kalmaz. Domuz veya diğer şeylerin (tuzlaya) düşünce mâhiyetinin değiştiğini kabul etsek bile, bu tür hayvanların düşmesi sebebiyle, en azından tuz necis hale gelir, bu tuzu yemenin câiz olmaması daha doğrudur.

c) Bilindiği üzere tuz yiyecek türündendir. Hanefî muhakkik İbn Âbidîn'in necis olan üzümden yapılan pekmezin temiz olduğu şeklindeki bir görüşün ardından söyledikleri gerçekten takdire şayandır. Nitekim o, necis üzüm pekmez olunca onun mahiyetinin değişmediğini ve pekmezin sadece kaynatılarak kıvamlı hale getirilmiş bir meyve suyu olduğunu gerekçe göstererek pekmezin necis olduğunu ifade etmiştir. Açıktır ki tuz da içine necâset karışmış aynı tuzdur. Onda bir değişim söz konusu değildir.

d) Muhakkik İbn Âbidîn aynı şekilde bir şeyin yanmasıyla mâhiyetinin değişmesi meselesine şu sözleriyle dikkat çeker; *“Bazı insanların sandıkları gibi ateşe giren her şeyin temizlendiğini zannetme! Bilakis burada kastedilen; ateşle mâhiyeti değişen ve eseri kaybolan necâsetin temizlendiğidir.”* Bize göre tercihe şayan görüş,

mesela tuza düşen domuzun, mâhiyeti değişse bile tuzda bir değişim, dönüşümün gerçekleşmediği ve domuzun, tuzun içine düşmesi sebebiyle o tuzun necis olarak kaldığı şeklindedir. Evet! Mesela domuz sabunluğa düşse ve sabuna o sabun temizdir. Çünkü sabunun ana maddesi başka bir mâhiyete dönüşmüştür. İçine düşen domuz da bu (başka mâhiyete) dönüşen ana maddelerdendir. Üstelik sabun yiyecek-içecek olarak da kullanılmaz. Sabun türü şeyler insanların günlük hayatında sakınamayacakları şeylerdendir. Dolayısıyla sabun ve tuz hüküm bakımından birbirinden farklıdır.

Bu açıklamalardan açıkça anlaşılıyor ki; Hanefî ve Mâlikîlerin ifade ettiği mâhiyetin değişmesinin hükümlere etki ettiği ve mâhiyetin değişmesiyle hükümün de değişeceği (şeklindeki görüşü) birçok şer'î delille desteklenmektedir. Hanbelîlerin ileri gelen fakihleri ile İbn Teymiyye de ana hatlarıyla bu hakikati kabul ediyorlar. Bir maddede mâhiyetin değişmesi söz konusu ise, umûmü'l-belva varsa ve buna muhalefet eden açık şer'î bir delil de yoksa ileride zikredeceğimiz açıklamalara göre onun kullanılmasına fetva verilir.

SÖZÜN ÖZÜ VE BU KONUDAKİ GÖRÜŞÜMÜZ

İstihâle ve mâhiyetin değişmesi kapsamında ele alınabilecek maddeler derinlemesine incelenmesi mümkün olmayacak kadar çoktur. Allah'ın yardımıyla bu maddelerin bazılarını türler ve kısımlar şeklinde sayalım ve bütün türlerin hükmünü zikrelelim. Kerim olan Mevla'dan bizi hatalardan korumasını, sevdiği ve razı olduğu şeylerde bizi muvaffak kılmasını diliyoruz. Bugün bu maddelerin öncelikle iki kısma ayrıldığını görüyoruz: Birincisi katı maddeler, ikincisi sıvı maddelerdir. Bunlardan her biri, insanların yeme-içme suretiyle tükettiği şeyler de olabilir, bu türden olmayıp günlük hayatlarında kullandıkları şeyler de olabilir, insanların genelinin ihtiyaç duyduğu günlük hayatın temel ihtiyaçlarından olabileceği gibi böyle olmayabilir de.

1) Necis olmuş çamur kaplar gibi insanların çok ihtiyaç duyduğu, haricî olarak kullanılan ve yenmeyen katı maddelerin her halükârda temiz olmasında şüphe yoktur. Eğer bu toprak, mesela çömlek haline gelirse mâhiyetinin değişmesiyle temiz olur. Onu her türlü kullanmak câizdir. Onunla temas eden su necis olmaz. Tabaklanmış deriler, deriden yapılmış heybe, kırba da aynı hükümdedir.

2) Sabun gibi katı olup yenmeyen, sonuçta sıvı hale gelen ve insanların çok ihtiyaç duyduğu maddelere necis maddelerin karıştığı kesin olarak bilinse bile onun mâhiyeti değiştii için her halükârda temizdir. Onu kullanmak câizdir. Sabunun

erimesinden oluşan su ve sabunla karışan su da her halükârda temizdir. Mâhiyeti ateşte yanmakla değişirse; necis şeylerin külü de aynı hükümdedir. Bu kül suyla karıştığında suyun necis olmadığı ve ondan yapılan şeylerin alım-satımının câiz olduğu konusunda da şüphe yoktur.

3) Tuz ve onun dışındakiler gibi katı veya sıvı olan yenilen temiz maddelere hayvan gibi necis bir şey düşer ve istihâleye uğrarsa, aynı şekilde buğdayın içine fare düşer, ölür ve istihâleye uğrarsa, tuzda ve unda mâhiyet değişikliği olduğu kesin olarak bilinmiyorsa; maddelerin aslı necis maddelerle kesin olarak karıştığı ve başka bir mâhiyete dönüşüm gerçekleşmediği için temiz olmazlar ve onları tüketmek, kullanmak câiz olmaz. Bu gibi şeyler sık sık meydana gelip, insanların sakınmasının zor olduğu şeylerden de değildir. Ama, mesela buğdaya fare pisliği düşse, yine tuza (necis olan bir maddeden) az bir şey düşse ve genellikle sakınılması mümkün olmasa, umûmü'l-belvâdan dolayı o tuzu ve unu tüketmekte bir sakınca yoktur.

4) Farklı şeylerin tozu, süt ve yağdan yapılan ve dünya pazarlarında çokça satılan peynir, çikolata, sakız ve hafif gıdalar gibi, yenilebilen katı maddelerde mâhiyet değişimi söz konusu değildir. Burada maddelerin aslı suretleri daha güzel bir şekilde dönüşmektedir. Bu ürünlerden belli bir şeyin içine necis bir maddenin karıştığı kesin olarak bilinmedikçe -necis bir şey karışmış olsa bile- genel duruma itibar edilerek temiz olduklarına hükmedilir. Ancak necis bir maddenin bu ürünlere karıştığı kesin olarak bilinirse o zaman onlar bu karışımdan dolayı temiz değildir. Çünkü genel duruma itibar edilerek bu şeylerin temiz olduğuna hükmedilmesi, mâhiyetinde bir değişim olduğundan değil, haram olduğuna dâir kesin bir delil olmadıkça eşyada asıl hükmün mübahlık olmasından dolayıdır. (Haram olduğu kesin olarak bilinmediği için mübahlık hükmü verilmişti. Kesin olarak bilinince artık mübah denemez.) Kesin bilgi ise şüphe ile ortadan kalkmaz.

5) Sabundakine benzer bir değişime uğrayan haplar gibi katı ilaçlar, sabun gibi büyük bir değişim geçirmeyip hafif bir değişime uğrarlar. Açıkça ortaya çıkan şudur ki, bunlara necis bir maddenin karıştığı kesin olarak bilirse bile onlar temizdir. İnsanların onlara duyduğu ihtiyaç çok fazla olduğundan dolayı onların tüketilmesi ve başka şekillerde kullanılması helâldir. Ama sıvı olan ilaçlar, sarhoş eden şarap gibiyse Hz. Peygamber'in "O şifa değil hastalıktır."²¹ buyurarak şarapla tedaviyi yasaklaması nedeniyle bunların içilmesi alınıp satılması ve kullanılması câiz değildir.

21 Müslim, "Eşribe" 3.

6) Az miktardaki sarhoş edici madde temiz sıvılarla karıştırılmak suretiyle ilaç hazırlansa, temiz maddelerin daha fazla bulunması nedeniyle (bu maddenin) sarhoş etme etkisi kaybolursa ve başka temiz ilaç da bulunamasa, insanların çok ihtiyaç duymasından ve mâhiyetinde de küçük bir değişim olmasından dolayı bu ilaçlar kullanılabilir. Ama bu tür maddelerin ilaç olarak değil de yiyecek içecek olarak tüketilmesi, her halükârda câiz olmadığı gibi bunların alınıp satılması da câiz değildir. Lakin bu gibi maddelerin tedavi maksadıyla olmaksızın haricî olarak kullanılması konusunda bir sakınca görmüyoruz. Ancak ihtiyata uygun olan bunlardan sakınmaktır.

7) Şarabın sirkeye dönüşmesi örneğinde olduğu gibi, temiz olmadığı halde temiz bir maddeye dönüşen sıvı içeceklerin mâhiyetleri değiştiği için bunların temiz olmasında şüphe yoktur. Sarih hadis buna delildir. Onların içilmesi, kullanılması ve çeşitli şekillerde onlardan faydalanılması helâldir.

8) Dünya pazarlarında rağbet gören içeceklerde olduğu gibi aslen temiz olup sarhoş edici olmayan içeceklere necis maddelerin karışmasından şüphe edilse, mâhiyet değişimi olmasa da “Şüphe ile kesin bilgi ortadan kalkmaz” kaidesine dayanılarak bunların temiz olduğuna ve her durumda bunları kullanmanın helâl olduğuna hükmedilir.²²

22 Bu çalışma Nisan 2001 yılında Lucknow’da yapılan “Uluslararası Fıkıh Kongresi” için hazırlanmıştır.

- **Dr. Fadl b. Abdullah Murâd**, *el-Mukaddime fî Fıkhi'l-asr*, el-Cîlu'l-Cedîd, I-II, San'a 1435/2014, 1100 s.

Değerlendiren: Yrd. Doç. Dr. Eren GÜNDÜZ*

Arap baharı denilen bunalımın olumsuz etkileri altındaki Yemen'de iki cilt halinde neşredilen bu kitapta el-fıkhu'l-vazîfi, el-fıkhu't-tıbbî, fıkhu'd-da've, fıkhu'l-ekalliyyat şeklinde isimlendirilen kırk beş başlık (bâb) bulunuyor. Bu başlıklar altında ele alınan fikhî istilâhlar ve meseleler için nadiren başlık konulmuş, daha çok belli ifadelerin bold yapılmasıyla diğerlerinden ayrılması tercih edilmiş. İlmi kitaplardan alışık olduğumuz şekilde giriş - (birkaç düzeyde alt başlıklara ayrılan) ana bölümler - sonuç şeklinde bir konu sistematiği bulunmayan eser, hadis kitaplarındaki kitap - bab veya kazuistik yöntemle telif edilmiş klasik fıkıh kitaplarındaki kitap-fasıl sistemine benzer bir görünüm arz ediyor. Fakat gerek bab, gerekse alt konu/mes'ele başlıklarındaki yeni kavramların ve ifadelerin çokluğuyla onlardan bariz bir şekilde ayrılıyor. Azınlıklar fikhî, devlet fikhî, askeri ve güvenlik kurumları fikhî, eğitim ve öğretim kurumları fikhî, çevre ve genel sağlık fikhî, trafik fikhî, gençlik fikhî; seyahat, basın-yayın, sanat, teknoloji, insan hakları; otobüs, kaset, zinet eşyası vb. şeylerin kiraya verilmesi; memuriyette kadro ve derecelerin dağıtımı, faizli bankalarda çalışma, iş saatlerinde gazete okunması, çocukların çalıştırılması, çalışanların maaşlarından kesinti yapılarak yardımlaşma sandığı oluşturulması; kadınların silahlı kuvvetlerde istihdamı, BM gibi uluslararası örgütlerde çalışma; organ bağıışı; anayasa, seçim yarışı, milletvekili adaylığı, mahalli idareler ve başkanlık seçimleri, seçimlerin yenilenmesi, kadınların oy hakkı; gıda güvenliği; siyasi muhalefet, barışçıl yöntemlerle iktidar değişikliği, gösteri ve yürüyüş yapılması, direniş, iş bırakma, grev, sivil itaatsizlik gibi daha pek çok ifade buna örnek olarak verilebilir.

Eserin baş taraflarında Yusuf el-Karadavî, Muhammed bin İsmail el-Amrânî ve Abdulmecid ez-Zendânî'nin takrizleri, Muhammed bin Ali Aclan'ın kitap hakkındaki bir konuşmasının dökümü yanında müellifin tahsil ve tedris hayatını; okuduğu kitaplar, icazet aldığı hocalar, verdiği dersler gibi bilgileri içeren kapsamlı bir biyografiye (s. 22-28) yer verilmiş olması bazı okuyucular için şaşırtıcı olabilir.

Eserde konuların ele alınış yöntemine ilişkin dikkatimizi çeken hususları şöyle tasvir etmek mümkündür:

* Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Öğretim Üyesi

Müellif genellikle ele aldığı meseleye ilişkin kendi içtihadını¹ “câizdir/câiz değildir/bir mani yoktur/vaciptir/haramdır/batıldır gibi kesin ifadelerle belirtmiş ve devamında bu hükümleri naslarla, külli kaidelerle, usul-i fıkıhla ve mekasid-i şeria ile ilişkilendirerek temellendirmeye çalışmıştır. Mesela: “Otobüs ve otomobillerin üçte bir gibi bir oranla ve günde 100 lira gibi belli bir ücretle kiraya verilmesi câizdir. Kiraya vermek ancak belli bir oranla yapılırsa caiz olur” dedikten hemen sonra “çünkü o (icâr), “Allah alışverişi helâl kılmıştır” (Bakara/275) ve “... karşılıklı rızaya dayanan bir ticâret olmadıkça” (Nisa/29) naslarının genel kapsamı içindedir. Ayrıca bir şeyin caiz olması asıldır. Bu hususta şeri nas da vardır” diye ekleyerek hükmün gerekçesini açıklamıştır (bkz. s. 71). Müellif, bu açıklamaları yer yer dipnotlarda vermeyi uygun bulmuştur. Mesela metinde, “Günah bir iş olmadıkça, icârede asıl olan onun caiz olmasıdır” dedikten sonra dipnot düşmüş ve orada “Kavlünâ el-aslu cevâzu'l-icâreti” diye başlayarak “Bunun Kitap Sünnet ve icmâdan delili vardır. İcâre, mekasid-i şerianın hâciyat kısmındandır. Öyle olunca da şeriat onun icrasını kastetmiş demektir.” şeklinde açıklamada bulunmuştur (bkz. s. 70).

Müellifin sıkça kullandığı diğer bir istidlal şekli usul-i fıkıhta ibaha-i asliyye diye bilinen ilkedir. Mesela, gayr-i müslim beldelerde vazife almanın cevazını, “eş-yada asıl olan mübahlıktır” ilkesinin genel oluşuyla irtibatlandırmış ve bu hükmü kabul etmeyen kimsenin karşı çıkılması mümkün olmayan açık ve sahih bir delil getirmesi gerektiğini söylemiştir (bkz. s. 108).

Konu gereğince müellifin başka fıkıh usulü kavramlarını ve tercih ettiği kuralları kullandığı da görülebilir. Meselâ müellif, ilgili ayetteki (Bakara/180) kati nas nedeniyle anne-babaya ve yakınlara vasiyette bulunulmasının caiz olduğunu fakat akrabaya vasiyetin cevazının, “varise vasiyet yoktur” hadisine binaen onların ölünün varisleri arasında bulunmaması şartına bağlı olduğunu söylerken bunu şöylece açıklamaya çalışmıştır: “Anne-babaya vasiyeti istisna ettik. Çünkü hâs lafız âm olana, kat’i olan da kati olmaya takdim edilir. Tearuz durumunda nasların arası cem’ edilir. Çünkü bu, telif (cem’) imkânı varken nesh iddiasında bulunmaktan daha evlâdır (bkz. s. 137).

Müellif benimsediği hükümleri açıklarken her hangi bir mezhebin görüşünden hareket etmediği gibi herhangi bir mezheple uyum sağlama veya ona aykırı olma gibi bir saik içerisinde de olmamıştır. “Alimlerden bir grubun fetvâ verdiği gibi”, “o, Safii, Mâlik ve bir rivayete göre Ahmed’in görüşüdür” (bkz. s. 70) gibi, mezheplere

1 Bu ifadeyi bilinçli olarak kullandığımı belirtmek isterim. Zira müellifin, eserin iç kapağına konulmuş “Bu, yeni bir kitaptır; yeni bir içtihatla, yeni bir asır için...” sözünden ve hükümleri açıklarken kullandığı üsluptan onun açıkça bir içtihat faaliyeti yürüttüğü görülmektedir.

ve fıkıh âlimlerine referansta bulunan ifadeleri yok denecek az kullanmıştır. Bunun tabii sonucu olarak da birkaç yerde atıfta bulunulan İbn Kudame'nin *el-Muğni'si* ve kavâid kitapları istisna edilecek olursa, fıkıh kitaplarına hiç referansta bulunmadığı söylenebilir. Buna karşın müellif hadis, rical ve tabakat kitaplarını bolca kullanmıştır. Hükümle ilişkilendirdiği hadislerin muteber hadis kaynaklarındaki yerlerini ve şahitlerini göstermiş, bazen bir haberin dipnotlarda sayfalarca devam eden kaynak tenkidini ve tahricini yapmış; sahih olup olmadığını açıklamaya çalışmıştır (bkz. s. 71-73; 78-83) ki bunlardan sahih olmadıklarını söyledikleri arasında fukahanın muteber kabul ederek istidlalde bulunduğu bazı haberlerin de bulunduğu görülebilmektedir.

Buraya kadar yapmaya çalıştığımız genel tasvirden sonra eserin ortaya çıkış süreci, hedef kitlesi, ismi ve ilmi değerine dair müellifin açıklamalarından hareketle bazı hususlara dikkat çekmek istiyorum.

Müellif bu eserini, ilim tahsili ve tedrisi boyunca fıkıh, fıkıh usulü ve mekasid-i şeria, Kuran ve hadis ilimleri, akait, dil ve edebiyat gibi çeşitli türlerdeki ve siyaset, iktisat, tıp hukuk, insan hakları gibi çeşitli alanlara ilişkin kitaplardan, araştırma ve incelemelerden, yazılı, görsel ve elektronik kaynaklardan elde ettiği çeyrek asırlık bir ilmî birikim neticesi olarak görüyor ve bu birikimin kitap haline gelişini şöyle ifade ediyor:

“Bunun neticesinde Allah bana lütfedip bu asrın fikhına dair, daha önce ele alınmış olsun olmasın, muhtelif konuları ve çeşitli meseleleri bir araya getiren bir kitap yazmamı ilham etti...” (s. 15).

Yazarın bu ifadelerinden açıkça anlaşılan şudur ki, bu kitap doğrudan belli bir alanda görülen bir boşluğu kapatmak amacıyla yazılmış değildir. Aksine onun ilim tahsili ve tedrisi boyunca karşılaştığı fikhî meseleleri şeri nasrlara, fıkıh ve usulünün temel kurallarına müracaatla çözüme kavuşturma ve belli bir aşamadan sonra ilmi olgunluğundan emin bir şekilde bunları ilim âleminin istifadesine sunmanın ilahi bir ödev olduğu bilinciyle bu kitabı yazmaya koyulmuştur. Yazar başka ifadelerinde de ancak bir âlimler topluluğunun büyük çabalarla başarabileceği bu çalışmaya kendisinin muvaffak olmasını Allah'ın yardımına bağlamıştır (bkz. s. 16-17). Yazarın bu ifadeleriyle açığa çıkan hareket tarzını her ilim adamında bulunması gereken öz güven ve tevazu davranışı yanında içinde yetiştiği Zeydî ve selefi kültürünün etkisiyle yorumlamak da mümkündür. Konu sistematikindeki dağınıklık, benzeri türdeki diğer kitaplarda, tez ve makale türünden birçok araştırmada ayrıntılı bir şekilde incelenmiş meseleleri bile onlara atıfta bulunma ve mezhep imamlarının görüşlerinden yararlanma ihtiyacı duymaksızın doğrudan şeri delillere müracaatla

hükme bağlama çabası, eserin ilim dünyasına bir şey katma amacı yerine daha çok müellifin ilmi kudretini ortaya koymayı hedeflediğini düşündürüyor.

Bununla birlikte fıkıhın çeşitli alanlarıyla ilgili meseleleri, alanında uzman olan birçok kimsenin dahi içinden çıkmakta zorlandığı karşıt mezhep görüşleri arasında kaybolmaksızın doğrudan şeri naslardan istinbatla hükme bağlamış olmasına bakılırsa müellifin ilmi kudretinin yabana atılır cinsten olmadığını teslim etmek gerekiyor. Fıkıhın her alanında derinlemesine bilgi ve kanaat sahibi olması mümkün olmayan, ancak karşılaştığı meselelerle şeri naslar arasında canlı bir ilişki kurma arzusunda olan değişik mesleklerdeki bugünün Müslümanları açısından da eserin ilgi çekici olduğu söylenebilir. Kitabın hedef kitlesine dair müellifin şu sözlerini de bu bağlamda düşünmek gerekir: “Bu kitabı her siyaset adamı, lider, kral, başkan, yönetici, sultan ve hakim için; memur, doktor, hukukçu, askerî personel, sivil ve iktisatçı için; kadın, erkek, çocuk, yetişkin ve genç için; medenî toplum ve kabile için; medya, sanat ve teknoloji erbabı için; eğitimciler, öğretmenler, davetçiler, turistler, mülteciler, azınlıklar, sürücüler, yatırımcılar, bankacılar, alimler, öğrenciler, düşünürler için; her anne ve baba, her Müslüman erkek ve kadın için... her bir insan için yazdım” (s. 15).

Yazar, eserin adındaki “fıkhu’l-asr” ifadesiyle asrımızda ortaya çıkan yeni meselelerde, şeri naslardan istinbat edilerek; mekasıd-ı şeriadan, külli kaidelerden ve fıkıh usulünden yararlanarak hüküm verilmesinin kastedildiğini söylüyor (bkz. s. 16) ki kitabın muhtevasının buna uygun olduğu söylenebilir. Ancak şu soruların önemli olduğunu düşünüyorum: Acaba eserde ele alınan konuların kapsamı ve dağılımı nedir? Müellif, meseleleri tespit ederken hangi oranda yaşadığı bölgenin ve kültürün etkisinde veya özelinde kalmıştır? Avrupa, Amerika, uzak doğu, kuzey ülkeleri gibi değişik ülkelerde yaşayan Müslümanlar açısından bu fıkhu’l-asr ifadesi ne ölçüde karşılık bulabilmektedir?

Müellifin hüküm istinbatında ne kadar isabet ettiği, takip ettiği usulün tutarlılığı, geleneksel usule uygunluğu, ele aldığı meselelerin ve ulaştığı sonuçların nicelik ve nitelik açısından değeri, elde edilen sonuçların fıkıh mirasımıza katkısı gibi hususlarda nihai bir şey söylemek kitap tanıtımından ibaret olan bu yazının sınırları dışındadır ve bunlar küçük çaplı müstakil araştırmalara konu olabilir. Umulur ki bu araştırmalar sayesinde, Dr. Fadl b. Abdullah Murad’ın, üzerine şerh türünden başka bir kitap projesiyle devam etmekte olan bu çalışması (bkz. s. 18) hak ettiği şekilde takdir edilsin ve ilim dünyasında onun arzuladığı şekilde bir karşılık bulsun.

- **Fazlurrahman, *İslam*, Prof. Dr. Mehmet Dağ, Prof. Dr. Mehmet Aydın, Ankara Okulu Yayınları, Ankara 2014, 368 s.**

Değerlendiren: Merve OCAK*

Modern İslam düşüncesinde ayrı bir yeri olan Fazlurrahman'ın kaleme aldığı eserler birçok kişiyi etkilemiştir. Bir İslam düşünürü olan Fazlurrahman'ın babasının teşvikiyle yöneldiği modern eğitiminin meyvelerinden olan ve onun İslamî Araştırmalar Enstitüsü'nün genel müdürlüğünü yaptığı dönemde neşredip *İslam* adını verdiği bu eser, 14 ana başlıktan meydana gelmiştir. Yazarın *İslam* kitabı Ankara Okulu Yayınları tarafından 2014 yılında çevrilmiştir. Çevirenler Prof. Dr. Mehmet Dağ ve Prof. Dr. Mehmet Aydın kitabın ilk sayfalarında yer alan *Fazlurrahman ve İslam Modernizmi* başlığı altında *Fazlurrahman'ın Modernizm Öncesi İhya Hareketleri, Klasik (İslamî) Modernizm, Yeni İhyacılık, Çağdaş İslam Modernizmi* ve *Problemleri ve İslam Modernizminin Zayıf Yanları* gibi konulardaki görüşlerine yer vererek okuyucunun kitabı daha iyi kavramasını sağlamıştır.

Yazar, 'Giriş' kısmında Hz. Peygamber (s.a.s) döneminden başlayarak günümüze kadar Müslüman sayısının artışındaki nedenlere değinmiştir. Fazlurrahman 'Hz. Muhammed' başlığında Hz. Peygamber'in (s.a.s) hayatını özetledikten sonra Kur'an'a yöneltilen bazı iddiaları çürütmüştür. Bunlardan biri, Kur'an'ın mutlak tektanrıcılığının aslının çöl hayatının tam bir tekdüzeliğine dayandığı nazariyesidir. O'na göre, Hz. Muhammed'in (s.a.s) öğretisi bedevi bir ortamda değil, Mekke'nin ticari çevresinde vahyedilmiştir ve Kur'an gerçekte göçebelik hakkında şiddetle tenkitçi bir tavır takındığından bu iddialar geçersizdir (s. 54). Fazlurrahman daha sonra, Hz. Peygamber'in (s.a.s) Mekke ve Medine'de yaşadığı zorluklara rağmen başarısız olmamak için gösterdiği çabaya, Mekke'den Medine'ye hicretin nedenlerine değinmiştir. O'na göre Hz. Muhammed (s.a.s) savaşçı bir peygamber olmasına rağmen kendisine karşı savaşılmayıp amacını barışla elde edecek durumda savaşa başvurmak gibi bir arzusu hiçbir zaman bulunmamıştır. Yazar, Hz. Peygamber'in (s.a.s) hayatını incelediğinde keskin siyasi ve idari zekâsından çok etkilendiğini dile getirmiştir. O'na göre, Hz. Muhammed'in (s.a.s) başarılarının uzun vadede kaç kadınla evlendiğine, hatta son derece parlak bir görevde elde ettiği ba-

* Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Lisans Öğrencisi

şarılara göre değil, insanlığa bıraktığı mirasına, başka bir deyişle, hem onun ortaya koyduğu idealler dizisi, hem de bu idealleri gerçekleştirmede izlediği somut yola göre değerlendirilmesi gerekir (s. 66-75).

Yazar ‘Kur’an’ başlığında Kur’an nedir sorusuna niteliksel ve nicelik açısından cevaplar vermeye çalışmış, ibadet ve inanç terimleri üzerinde durmuş ve bunların Kur’an’daki yerine değinmiştir. Fazlurrahman, Kur’an’ın temel hareket noktasının ahlâki olduğunu ve buradan onun sosyal adaleti olduğu kadar tektanrıcılığı da vurguladığının ortaya çıktığını belirtmiştir. O’na göre Ahlâk Kanunu değişmez: O, Allah’ın ‘emri’dir. İnsan Ahlâk Kanununu ne meydana getirebilir ne de ortadan kaldıracaktır. O, bu kanuna boyun eğmek zorundadır. Bu boyun eğme hususuna, İslam ve onun hayattaki uygulamasına da ibadet veya ‘Allah’a kulluk’ adı verilir (s. 79). Fazlurrahman, sonraki başlığı ‘Kur’an’da Yasama’ da Kur’an’ın her şeyden önce bir dini ve ahlaki ilke ve uyarılar kitabı olduğunu, hukuki bir belge olmadığını söylemiş ve Kur’an’ı Kerim’den alkol kullanma yasağını örnek vererek bizzat yasamanın tabiatı ve işlevi bakımından Kur’an’ın takındığı negatif tutumu okuyucuya göstermiştir. Yazara göre Kur’an’ın en önemli hukuki hükümleri ve genel islahata yönelik beyanları kadınlar ve kölelik kısmında olmuştur. Kur’an kadına tam bir kişilik sağlamıştır (s. 86).

Fazlurrahman, ‘Hadisin Doğuşu ve Gelişmesi’ ismini verdiği bölümünde Hz. Peygamber’in (s.a.s) hayattayken gerek vahiy vasıtasıyla gerekse kendi söz ve davranışlarıyla Müslümanların tek dini ve siyasi rehberi olduğunu söylemiş ve hadis ilminin doğuşundan bahsetmiştir. Batılı araştırmacılardan Goldziher ve Margoliouth’un görüşlerine yer veren yazar Hz. Peygamber (s.a.s) Kur’an’ın neresinde Allah’la birlikte zikredilmişse bunun sadece Kur’an’ın içeriğiyle ilgili olduğu iddiasını reddetmiştir. Devamında ‘Hadis ve Sünnet’ başlığında hadis ve sünnetin ayrı ayrı anlamlarını incelemiş ve bu iki terimin farklılıklarına değinmiştir. Fazlurrahman hadis ve sünnetin Hz. Peygamber’den (s.a.s) sonraki ilk merhalede zaman-
daş ve aynı özden olduğunu, ancak sünnet kavramı sözsüz, fiili gelenek anlamına geldiği için birbirini izleyen nesillerde ister istemez fiili sünnet anlamına büründüğünü ve zamanla bidat kavramının karşısında yer bulduğunu anlatmıştır. Yazar, Müslümanların hadisin gelişmesi ile ilgili samimi ve ağırbaşlı bir araştırmaya girişmelerini arzu etmiştir. Çünkü bu, bir yandan İslam ümmeti ile Hz. Peygamber (s.a.s), bir yandan da İslam ümmetinin itikadî ve amelî evrimiyle hadisin gelişmesi arasındaki yakın ilişkiyi ortaya koyacaktır.

Yazar ‘İslam Hukukunun Yapısı’ başlığında peygamberliğin ilk dönemlerinde hukukun bir kaynağı olarak sünnetin Kur’an’la nasıl aynı değere yükseltildiğini ve

kıyas ve reyin hukukta nasıl yer bulduğunu açıklamıştır. Ardından 'İcma' başlığında eş-Şafii'nin görüşlerine yer veren Fazlurrahman'a göre icma uzvi bir faaliyettir. Bir organizma gibi hem işlevini yerine getirir hem de gelişir. Her an üstün bir işlevsel geçerliliği ve görüşü vardır. Bu anlamda kesindir fakat aynı zamanda yaratma, özümseme, tadil etme ve reddetme faaliyetlerinde bulunur. İşte bu nedenledir ki, icmanın teşekkülü herhangi bir müessesenin varlığına bağlı kılınmaz (s. 132).

Fazlurrahman 'Şeriat' başlığında şeriatın din teriminden ayrıldığı noktalara değinmiştir. Ona göre şeriatın yandaşı dindir. Din, kelime olarak boyun eğme ve izleme anlamlarına gelir. Şeriat yolun tayini ve onun gerçek sahibidir ancak, din yolun izlenmesidir ve sahibi Allah'tır. Şeriat ve din 'yol ve onun muhtevası' açısından aynı anlama geldiğinden birbiri yerine kullanılabilir. İlimle fıkıh arasındaki karşıtlığa değinen Fazlurrahman'a göre ilim bazen sarsılmaz bir biçimde bize dışarıdan verilmiş ve objektif bir şey olduğu halde fıkıh, bir bilginin kendi kişisel anlayışını temsil eder ve objektiftir (s. 161-163). Yazar 'Felsefe Hareketi' bölümünde çeşitli filozofların görüşleri üzerinde teker teker durmak yerine bu filozoflarca varılmış olan, İslam inancını ilgilendirdiği kadarıyla genel bir birlik arz eden İbni Sina'nın görüşlerini okuyucuya aktarmayı tercih etmiştir. O'na göre İslam'da felsefe, günümüz ilim adamlarının savundukları gibi Gazali'nin hücumuyla yıkılmamıştır. Ne var ki tasavvufun etkisiyle onun karakterinde köklü bir değişiklik olmuş, objektif hakikatin mahiyetini anlamak için gösterilen akli bir çaba neticesinde felsefe bu hakikatle uyum içerisinde yaşamak gayesiyle ortaya konan ruhani bir çaba şekline dönüşmüştür (s. 192).

Fazlurrahman 'Tasavvuf' başlığında Sûfilîğin doğuşundan bahsetmiştir. O'na göre sûfi itici güç Hariciliğe ve onun doğurduğu siyasi tartışmalara şiddetli bir tepki olarak ortaya çıkan inzivaya çekilme politikasından güç almıştır. Sûfi hayat tarzı, kabul gören bir yaşama şekli olarak yaygınlaştıkça sûfi terimi de yavaş yavaş eski zuhhâd ve nussâk terimlerinin yerini almaya başlamış ve bu terimler sûfiyane bir temayül içinde bulunan erkek ve kadınlar için kullanılmıştır. 'Sûfi' adı kaynak itibarıyla bu insanların zühdün ve dünyayı reddetmenin bir işareti olarak giydikleri elbisenin hammaddesi olan 'sûf'tan yani 'yün'den gelmektedir (s. 198). Yazar ortaçağ İslam dünyasının en büyük siması olarak nitelendirdiği Gazali'nin İslam dünyasındaki etkisinin ölçülemez olduğunu dile getirmiştir. O, tasavvufu dinin bütünleyici bir parçası haline getirerek Sünnî İslam'ı yeniden kurmakla kalmamış, aynı zamanda tasavvufu gayri İslami unsurlardan ayıklayarak ıslah etmiş ve onu Sünnîliğin hizmetine sunmuştur (s. 208).

'Fırkalarla İlgili Gelişmeler' bölümünde yazar Hariciliğin, Mutezilenin ve Şia'nın kollarından ve bu kolların görüş farklılıklarından bahsetmiştir. O'na göre Sünnî

İslam'da görülen Mehdi fikrinin oluşması ve gelişmesi esas itibarıyla Şiiliğin 'İmam' nazariyesinden gelmektedir. Yazara göre, her ne kadar Ortaçağın Müslüman mezhep tarihçileri, İslam'da çok sayıda fırkanın ortaya çıktığı izlenimini vermekte ve 'Ümmetin yetmiş üç fırkaya ayrılacak, fakat bunlardan yalnız biri kurtulacak' şeklinde rivayet edilen hadise dayanarak bu fırkaların sayısını gerçekten yetmiş üçe çıkarmak için gayretseler de o, Goldziher ve başka ilim adamlarının da işaret ettikleri gibi, bunların çoğu 'fırka' olmayıp fıkıh ve kelam ekolleridir (s. 238). Bu bakımdan, İslam tarihinde tamamen doktrin farkları üzerine kurulan bir fırka bulmaya çalışmak boşuna emek tüketmek olur. Daha sonra Fazlurrahman 'Eğitim' konusunda eğitim müesseselerinin biçimi ve yayılışını anlatmıştır. Yazara göre teşkilat açısından bakılırsa medrese sistemi Osmanlı İmparatorluğu'nda en yüksek noktasına ulaşmıştır. Osmanlı'da medreseler sistemli bir biçimde Şeyhülislam'ın yönetimi altında dikkate değer idari bir beceri ve ustalıkla tesis edilmiş, yardım görmüş ve korunmuştur. Ulema mertebeler halinde teşkilatlanmış ve Osmanlı toplumunda hemen hemen bir kast haline gelmiştir. Şah Veliyullah'ın eğitim programındaki tıp, matematik ve astronomi gibi derslerin varlığına dikkat çeken Fazlurrahman medrese eğitiminin İslam eğitiminin bütününe temsil edemeyeceğini söylemiştir (s. 259-266).

'Modernizm Öncesi İslahat Hareketleri' bölümünde Fazlurrahman, Sünniliğin Sûfilikle olan ilişkisine değinmiştir. O'na göre ulema ile sûfilik arasındaki ittifakın tarihi sûfilige ait ahlaki sâikin yeniden canlandırılmasının bir tarihidir. Yazar Vehhabiliği halk sûfilığının en önemli faktör haline geldiği asırlarda İslam ümmetinin basamak basamak içine düştüğü ahlaki çöküntüye karşı ortaya çıkan şiddetli bir tepki hareketi olarak tanımlamış, daha sonra Afrika ve Hindistan'daki ıslahat hareketlerine değinmiştir. Yazar 'Modern Gelişmeler' başlığında Müslüman modernist Cemalettin Afgani'nin eğitim kurumlarındaki müfredat programlarını genişleterek felsefi ve ilmi disiplinlerin işlenmesi ve genel eğitim reformlarının yapılması için verdiği mücadeleyi anlatmıştır. O'na göre İslam yeni cereyanları bazen özümseyerek, bazen reddederek, bazen de kendisini onlara uydurarak bütün bu meydan okumaların üstesinden gelmeyi başarmıştır. Fazlurrahman'a göre İslam ne milliyetçilik ne de emperyalizmdir; o, sunî sınırları ve ırk ayrılıklarını kendi üyelerinin sosyal ufkunu daraltmak için değil, sadece karşılıklı münasebetleri kolaylaştırmak için kabul eden bir Milletler Cemiyetidir (s. 313).

Fazlurrahman 'Miras ve Muhtemel Gelişmeler' adını verdiği son bölümünde siyasetle ilgili görüşlerini anlatmıştır. O'na göre, Müslüman'ın siyaset alanında kendi tarihini açık bir değerlendirmeye tabi tuttuktan sonra yerine getireceği görev, bu konudaki Sünni görüşü yeni bir anlatıma kavuşturmak, toplumun ve devletin istik-

rar ve dayanışmasını, daha sonra halkın geniş çapta ve faal olarak devlet ve hükümet işlerine katılmasını teminat altına almak için yeterli kurumları tesis etmektir. Bu esaslar tam olarak yeniden ifade edildiği takdirde sağlam bir İslami devlet anlayışı doğacaktır (s. 327-328).

Sonsöz bölümünde yazar birkaç tespitine yer vermiştir. Bunlardan biri İslam dünyasının kendi kendini ihya etmedeki başarısızlığıdır. Fazlurrahman'a göre İslam'ın hem hususiyeti hem de pratikliği, yeryüzünde ahlâk temeline dayalı bir sosyal düzen kurmaya yönelik iyi niyetli bir çaba ile gösterilmelidir. Eğer Müslüman, bu göreve başarıyla teşebbüs edebilirse, Kur'an'ın temel hamlesini uygulamaya koymuş ve intihardan başka bir şeymiş gibi görünmeyen durumdan insanlığı kurtarmış olacaktır. Bunu yapmazsa, onun için geride önemsiz, boş ve mağrur bir kendi kendini tatmin duygusuna dalmaktan başka çok az şey kalır (s. 356).

Sonuç olarak Fazlurrahman'ın *İslam* adını taşıyan bu çalışması kendisinin ilmi görüşlerini yansıttığı gibi Çağdaş İslam düşüncesine de katkı sağlamıştır. Dolayısıyla bu çalışma çağdaş İslam düşüncesinde yapılacak olan çalışmalarda kaynak olabilecek ve üzerinde düşünülmesi gereken çalışmalardan biridir. Yazar, İslam hakkında sadece bilgi vermeyi değil, aynı zamanda onu çeşitli açılardan yorumlamayı gaye edinmiştir ve bunu ustalıkla başardığını söylemek mümkündür.

