

SERAHSÎ'NİN EL-MEBSÛT ADLI ESERİ ÇERÇEVESİNDE HANEFÎ FIKIH DÜŞÜNCESİNDE TAKDİRÎ HÜKÛM OLGUSU

Soner DUMAN*

Öz

İslâm hukukçuları meseleler hakkında hüküm verirken yalnızca dış dünyadaki objektif durumu dikkate almamışlar, adalet ve hakkaniyet fikri temelinde ideal bir hukuk normu ortaya koymak hedefiyle objektif duruma aykırı bazı düzenlemelerde de bulunmuşlardır. "Takdirî hüküm" aslında mevcut olan bir şeyi veya durumu yokmuş gibi kabul etmek yahut aslında mevcut olmayan bir şeyi veya durumu varmış gibi kabul ederek hüküm vermektir.

Bu makalemizde Hanefî fıkıh düşüncesinde takdirî hükmün gerekçelerini ve uygulama alanını Serahsî'nin *el-Mebsût* adlı eseri çerçevesinde ele alıp irdedeceğiz.

Anahtar kelimeler: Mebsut, Serahsî, Hüküm, Takdir.

Abstract

The Fact of Recognitive Judgement in Hanafi Juridicial Thought in Accordance with Sarakhsi's al-Mabsut

In process of judging Islamic Jurists not only considered the objective cases in the outer world but also organized some rules that are opposite to the objective cases aiming to set up ideal juridicial norms on the base of justice and equity. "Recognitive judgement" is in fact considering the existing case as if it doesn't exist or considering the unexisting case as if it exists.

In this article we will examine the reasons and application areas of recognitive judgement within the Hanafi juridicial thought in accordance with Sarakhsi's al-Mabsut.

Keywords: al-Mabsut, al-Sarakhsi, Hukm, Taqdir, Qiyas.

Giriş

Fıkıh ilmi kaynağı itibarıyla ilâhî olmakla birlikte vahyin somut olaylara taşınmasında temel faktör beşerin aklî çabasıdır. Bu çabayı fıkıh ilmi açısından "müctehidler in icthadı" temsil eder. "Vahiy olgusu" ile "somut hayat olayları" arasındaki irtibatın sağlanmasında bu şekilde rol üstlenen icthadın kuşkusuz hem "*vahyin ortaya koyduğu değerlerin künhüne vakıf olma*" hem de "*somut hayat olaylarını derinlemesine tahlil etme*" görevi bulunmaktadır. Nitekim başta günümüze intikal etmiş dört sünî fıkıh ekolünün kurucusu olmak üzere sahabe döneminden başlamak üzere pek çok müctehid bu görevi layığıyla yerine getirmiştir.

Hakkında hüküm verilen olaylar ve nesnelere çoğu zaman dışa yansıyan, somut ve reel halleriyle birlikte değerlendirmeye tâbi tutulur. Bu durum son derece tabii olduğu gibi aynı zamanda hüküm verme konusundaki ana prensibi de teşkil etmektedir. Bununla birlikte "mekâsidü'ş-şerîa" –yani şeriatın ana gayeleri/temel maksatları- gerek "vahyin yorumlanması" gerek-

* Yrd. Doç. Dr., Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi (duman@sakarya.edu.tr).

se “hüküm verilen olay ve nesnenin değerlendirilmesi” konusunda bazen zâhir durumun terkini gerekli kılabılır. Nitekim –zâhirî yaklaşımı benimseyen âlimler bir kenara bırakılırsa- fıkıh mezheplerinin kurucuları başta olmak üzere pek çok âlim nasslardan ilk anda anlaşılan anlamı “mekâsidü’ş-şerîa” gerekçesiyle ya terk etmiş yahut nassları zâhirlerinden farklı anlamlara çekmişlerdir.

Mâlikî ve Hanbelî fıkıh ekollerinin edille-i şer’iyye arasında mütaalaa ettikleri “sedd-i zerîa” ilkesi de bu yaklaşımın bir sonucudur. Nitekim aslen haram olmamakla birlikte harama vesile kılınan şeyler, “işin sonucu dikkate alınarak” haram kabul edilmiştir.

Hanefîlerin istihsân delili de aynı bakış açısının ürünüdür. Buna göre hukukî bir meselede ilk anda akla gelen çözüm yolu veya kıyas, nass yahut nass dışı bir delil sebebiyle terk edilmekte, maslahat ve adalete daha uygun bir çözüme ulaşmaktadır.

Farklı ekollere mensup müctehidlerin bir olay hakkında hüküm verirken, olayı bütün yönleriyle olduğu gibi kabul etmenin “mekâsidü’ş-şerîa”ya ve “hakkaniyet” ve “adalet” gibi temel hukuk idelerine aykırılık teşkil ettiği durumlarda “takdîre/tasavvura dayalı hüküm” verme yoluna giderek “reel olanı” değil “ideal olanı” esas aldıkları da sıkça müşahede edilen bir durumdur.

İşte biz makalemizde bu “takdîre dayalı hüküm olgusu”nun Hanefîler tarafından nasıl kabul edilip uygulandığını Serahsî’nin *el-Mebsût* adlı eseri çerçevesinde incelemeye çalışacağız.

Makalemiz biri teori diğeri uygulama olmak üzere iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm teorik mahiyette olup burada takdîrî hükmün kavramsal çerçevesini ele almaya çalıştık. Bu bölümde öncelikle “takdîrî hüküm kavramı” ve “takdîrî hüküm ile farazî hüküm arasındaki fark” gibi konular üzerinde durduktan sonra usul ve furû literatüründe takdîrî hükme ilişkin tarih boyunca yapılan çalışmaların tipik örneklerini oluşturan üç yazar ve eser üzerinde kısaca durduk. Mecelle’de takdîrî hüküm anlayışına dayanan genel kurallara temas ettikten sonra, fıkıh literatüründe takdîrî hükmü ifade etmek üzere kullanılan terimlere temas ettik.

İkinci bölüm birinci bölümde çerçevesi çizilen teorinin bir uygulaması mahiyetindedir. Bu bölümde takdîrî hükmün uygulama alanları, sebepleri ve engellerini Serahsî’nin *el-Mebsût* adlı eserindeki örnekler üzerinde göstermeye çalıştık.

A. Takdîrî Hüküm Kavramı

“Takdîrî Hüküm” ifadesiyle ne kastedildiğini net olarak ortaya koyabilmek için “takdîr” ve “hüküm” kelimeleri üzerinde kısaca durmak gerekir.

تقدير sözcüğü (ق - د - ر) kökünden tef'îl babının masdarıdır. Bu masdar sözlükte şu anlamlarda kullanılmaktadır:

1. Bir şeyi düzeltme ve hazırlama konusunda enine boyuna düşünme,
2. Bir şeyi başka şeylerden ayırt edecek şekilde alametler koyma,
3. Bir şeye kesin karar verme, niyet etme,¹
4. Bir şeyin miktarını açıklama,
5. Bir şeyi bir şeyle mukayese edip onun miktarına ulaşma,
6. Allah'ın bir konuda hüküm vermesi,
7. Birini bir şeyi yapmaya güç yetirebilir hale getirme,²

حکم kelimesi ise (ح - ك - م) kökünden masdardır. Bu masdar sözlükte şu anlamlarda kullanılmaktadır: Bilmek, fıkhetmek, adaletle hükmetmek, engellemek.³

Bir usul-i fıkıh terimi olarak hüküm mükelleflerin fiillerine gerekli kılma, muhayyer kılma veya vaz' yoluyla ilişen Allah'ın hitâbıdır.⁴

Usul ilminde hüküm teklîfî ve vaz'î hüküm olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.⁵

Furû-ı fıkıh kitaplarında da hükmün diyanî ve kazaî olmak üzere iki kısma ayrıldığı görülmektedir.⁶

“Takdirî hüküm” denildiğinde kastedilen şey “aslında var olmayan bir şeye var hükmünü vermek veya aslında var olan bir şeye yok hükmünü vermektir”.⁷ Takdirî hükmün mukabili “tahkîkî hüküm”dür. Tahkîkî hüküm ise hükme konu olan şeyi bizzat bulunduğu haliyle dikkate alarak hüküm vermek, varsayımda bulunmamaktır.

1 İbnü'l-Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, (tah. Heyet), Dârü'l-meârif, Kâhire, t.y., s. 3547; Zebîdî, Muhammed Murtaza el-Huseynî, *Tâcû'l-arûs min cevâhiri'l-kâmûs* (tah. Abdüsettâr Ahmed Fer-râc), Küveyt, 1965. XIII, 377.

2 *El-Mu'cemü'l-Vasît*, Mektebetü'ş-şurûk ed-düveliyye, Kâhire, 2004.II, 748

3 İbnü'l-Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, s. 952; Feyyûmî, Ahmed b. Muhammed b. Ali, *el-Misbâhu'l-münîr* (tah. Yusuf Şeyh Muhammed), el-Mektebetü'l-Asriyye, *el-Misbâhu'l-münîr*, s. 78.

4 Zeydan, Abdülkerim, *el-Vecîz fi usûli'l-fikh*, Müessesetü'r-risâle, Beyrut, 1987.s. 23; el-Husarî, Ahmed, *Nazariyyetü'l-hüküm ve mesâdiru't-teşrî fi usûli'l-fikhi'l-İslâmî*, Mektebetü'l-Külliyâtî'l-Ezheriyye, 1981, s. 30; Zuhaylî, Vehbe, Vehbe, *Usûlü'l-fikhi'l-İslâmî*, Dârü'l-fıkr, Dımaşk, 1986, I, 37.

5 El-Husarî, *age*, s. 32 vd; Zuhaylî, *age*, s. 42 vd.

6 Bkz. Demiray, Mustafa, Mustafa, *Serahsî'de Kazâî Hüküm – Diyanî Hüküm Ayrımı*, [Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi], Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2001, s. 7-9.

7 İzzeddin b. Abdüsselam, *el-Kavâidü'l-kübrâ*, II, Dârü'l-kalem, Dımaşk, 2000, s. 205; Şihâbeddin el-Karâfi, *el-Ümniyye fi idrâki'n-niyye*, (tah. Müsâid b. Kâsım el-Fâlih), Mektebetü'l-Harameyn, Riyad, 1988, s. 217.

Burada bir karışıklığa meydan vermemek için “farazî fıkıh” ile “takdîrî hüküm” arasındaki farkın ortaya konması gerektiğine inanıyoruz. Farazî fıkıh henüz gerçekleşmemiş olan bir mesele hakkında “gerçekleşmiş olsaydı nasıl hüküm verilir?” sorusuna bağlı olarak hüküm vermektir. Burada hükme konu olan olayın kendisi mevcut olmamakla birlikte onun var olduğu düşünülerek hükmü araştırılmaktadır. “Takdîrî hüküm” verme durumunda ise ortada hükme konu olacak bir mahal/şahıs/mesele bulunmakta, fakat hüküm verirken bu mahal/şahıs ve meselenin durumu gerçekte bulunduğu halden farklı şekilde düşünülerek hükme konu kılınmaktadır.

B. Usul ve Furû Literatüründe “Takdîrî Hüküm” Kavramına Genel Bir Bakış

Aşağıda takdîrî hüküm konusunun usul ve furû literatüründeki gelişimini müellifler ve eserler bazında kısaca ortaya koymaya çalışacağız.

1. İzzeddin bin Abdüsselam (660)

Tespit edebildiğimiz kadarıyla “takdîrî hüküm” konusunu müstakil bir başlık halinde ele alan ilk kişi İzzeddin b. Abdüsselam’dır. O konuya dair açtığı fasılda yalnızca tanımı vermekle kalmamış buna dair hem bir tasnif yapmış hem de konuyla ilgili örnekler serdetmiştir. Konumuz açısından onun önemi meseleyi ilk olarak ortaya koyması ve konuyla ilgili daha sonra yazarlar tarafından da tamamen benimsenmiş olmasıdır.

İzzeddin b. Abdüsselam takdîrî hükmü şu şekilde tanımlamıştır:

Takdir: Yok olan bir şeye var olanın veya var olan bir şeye yok olanın hükmünü vermektir. Bu meselede çeşitli durumlar söz konusudur.

Müellifimiz takdîrî hükmü bu şekilde tanımlamakla birlikte her bir türün alt örneklerini zikretmeye başladığında dört tür takdîrî hükümden bahsetmektedir:

- a) Yok olan bir şeye var olanın hükmünü vermek,
- b) Var olan bir şeye yok hükmünü vermek,
- c) Sonradan gerçekleşen bir şeye önceden gerçekleşmiş hükmünü vermek,
- d) Neticeler ve niteliklere, “Somut nesne” hükmünü vermek.

İzzeddin b. Abdüsselam birinci türe örnek olarak “çocuğun mümin sayılması”, “kâfirlerin çocuklarının kâfir kabul edilmesi”, “adalet-fısk-ihlas-riya-ilm vb. gibi niteliklerin, kişiler bu niteliklerden gafil olduğu esnada da kişide varmış gibi kabul edilmesi”, “zimmeler”, “borçlar”, “mülkiyet”, “evlilik ilişkisinde karı-kocalık” gibi özellikleri zikretmektedir.

İkinci türe örnek olarak ise “yolcunun elindeki ihtiyaç için bulundurduğu suyun yok kabul edilerek teyemmüme ruhsat verilmesi”, “keffaret borçlusunun ihtiyaç duyduğu kölenin yok kabul edilmesi”ni örnek vermektedir.

Üçüncü türe “ölüme teşebbüs fiili yapıldıktan sonra fiili yapan kişinin ölmesinin ardından fiile maruz kalan kişinin de ölmesi ve bu durumda teşebbüsü yapan şahsın öldürme fiilini kendi ölümünden önce yapmış gibi kabul edilmesi”ni örnek vermektedir.

Dördüncü türe “iflas eden kişinin, satın aldığı kumaşı keserek kısaltmasının kumaşı boyama gibi kabul edilmesini örnek vermektedir.

İzzeddin b. Abdüsselam fıkhıdaki cüz’î meseleler bir yana fıkhun bâb başlıklarını oluşturan ve muamelatın da temel müesseseleri arasında zikredilen pek çok konunun aslında “takdîrî hüküm” olduğunu belirterek bunlara satım, kira, selem, karz, vekâlet, mudârebe, müsâkat ve müzâraa, cuâle, vakıf, rehin, vasiyet, âriyet, vedâa, nikâh, kefâlet, havâle, sulh akitlerini örnek olarak zikretmektedir.⁸

2. Şihâbeddin el-Karâfî (684)

İzzeddin b. Abdüsselam’ın takdîrî hükümle ilgili açıklamaları öğrencisi Karâfî tarafından benimsenerek *el-Ümniyye fî idrâki’n-niyye* adlı eserde aynen aktarılmıştır.⁹

Karâfî takdîrî hüküm konusunda fıkıh âlimlerinin pek çoğunun yeterli bilgiye sahip olmadıklarını belirterek şöyle der:

Fazilet sahibi pek çok fıkıhçıdan “mevcut olan bir şeye yok hükmünü vermek” veya “yok olan bir şeye mevcut hükmünü vermek” konusunda örnek vermesi istendiğinde buna örnek vermekte zorlanmakta, örnek verebilen de bir iki tane örnek bulabilmektedir.¹⁰

Karâfî’nin konuyla ilgili asıl açıklamaları *el-Furûk* adlı eserindedir. O, farklı kaideleri işlerken sık sık bu meseleye temas etmekte, yeri geldikçe konuya dair örnekler vermektedir.

[1] - Örneğin *el-Furûk* adlı eserinin üçüncü farkında “lügavî şart ile diğer şartlar arasındaki fark” konusunu ele alırken şu açıklamalara da yer vermektedir:

Takdîrî olan hükümler [mukadderât] gerçekten var olan şeylerle [muhakkakat] çelişmez; aksine ikisi bir araya gelir, her birinin müstakil olarak gerekleri ve hükümleri sabit olur.

8 İzzeddin b. Abdüsselam, *el-Kavâidü'l-kübrâ*, II, 205-211.

9 Karâfî, *el-Ümniyye*, s. 212-217.

10 Karâfî, *age*, s. 217.

Buna dair bazı örnekler zikreden Karâfi takdîrî hükmün tanımını da barındıran şu ifadelere yer verir:

Takdîrî hüküm kuralı, mevcut olan bir şeye yok hükmünü, yok olan bir şeye de mevcut hükmünü vermektir. Bir şeyin gerçekte var olmasıyla birlikte yok hükmünde kabul edilmesi arasında bir çelişki yoktur. Nitekim kâfirlerin ve mürtedlerin yaptıkları iyilikler hakikatte var olduğu halde hükmen yoktur. Namazda niyet hakikatte namaz boyunca var olmadığı halde namaz boyunca var hükmünde kabul edilir.¹¹

[2] - Karâfi “teklîfî hitab ile vaz’î hitab” arasındaki farkları açıklarken takdîrî hükmü vaz’î hükümler arasında zikrederek şöyle demiştir:

Şer’î takdirleri belirlemek de vaz’î hükümlerdendir. Şer’î takdirler “var olana yok hükmünü, yok olana var hükmünü vermektir”... Bu tarz hüküm verme şeriatta çokça rastlanan bir durumdur; fıkıh konularında takdîrî hükmün bulunmadığı konu neredeyse yok gibidir.¹²

[3] - Karâfi takdîrî hüküm konusunda fakihler arasındaki kafa karışıklığının boyutlarını göstermesi bakımından şöyle bir anekdota yer verir:

“Var olan şeyleri ortadan kaldırmak” ile “var olan şeylerin ortadan kalktığını varsaymak/takdir etmek” önde gelen pekçok fakihin bile karıştırdığı hususlardandır. Oysa birinci kural aklen imkânsız olup dinde böyle bir şeyin gerçekleşmesi mümkün değildir. İkinci kurala gelince dinde gerek icmâ ile benimsenen gerekse ihtilaf edilen hükümlerde bu kurala uygun meseleler bulunmaktadır.

Bir gün Şâfiî mezhebinin önde gelen değerli iki fakihinin bulunduğu bir meclisteydim. Bunlardan biri diğerine şöyle bir soru sordu:

Âlimlerin “Satın alınan malın kusur sebebiyle geri verilmesi akdin kökünden ortadan kaldırılması mıdır yoksa akdin geri verme anından itibaren ortadan kaldırılması mıdır? Bu konuda İmam Şâfiî (r.a.)’ye ait iki görüş bulunmaktadır.” şeklindeki ifadeleri ne anlama gelmektedir? Kusur sebebiyle geri verme anından itibaren akdin ortadan kaldırılması makul ve anlaşılır bir hükümdür. Ancak diğer görüş yani akdin tamamen ortadan kaldırılması makul değildir. Çünkü akit somut olarak geçmiş zamanda gerçekleşmiştir. Şu halde âlimlerin “Bu, akdi kökünden ortadan kaldırmaktır.” ifadelerinin anlamı nedir?

Diğeri şöyle cevap verdi:

11 Karâfi, *el-Furûk*, I, 128-130 (özetle)

12 Karâfi, *age*, I, 292-293.

Bu, akdin kendisinin değil neticelerinin ortadan kaldırılmasıdır.

Bu sefer ilk soruyu soran şöyle dedi:

Akdin sonuçları ve hükümleri de somut olarak geçmişte gerçekleşmiştir, akdi ortadan kaldırmak mümkün olmadığı gibi bu sonuçları da ortadan kaldırmak mümkün değildir. Çünkü geçmişte yaşanmış şeyleri nasıl maziden silmek mümkün değilse akdin sonuçlarını da geçmişten silmek mümkün değildir.

Diğeri şöyle dedi:

Benim gibi bir adama hiç böyle bir soru sorulur mu?

Daha sonra gerek içinde bulunduğu sıkıntı gerekse sorunun güçlü olması sebebiyle kızgınlık gösterdi. Her iki âlim de meseleye bir cevap bulamadan ayrıldılar. Bunun sebebi yukarıdaki ayrımı bilmemelerinden başka bir şey değildir.¹³

3. Bedreddin ez-Zerkeşî (794)

Zerkeşî *el-Bahru'l-muhît* adlı usul eserinde İbnü'l-Tilimsânî'den "takdirî hüküm" ile ilgili şu ifadeleri nakleder:

Takdirî hüküm iki kısma ayrılır:

a) Hükme konu olan şey üzerinde, hükme etki eden şer'î bir vasfın var kabul edilmesi: Örneğin cariye üzerinde milk-i yemînin, kişinin karısı üzerinde nikah mülkiyetinin var kabul edilmesi gibi.

b) Duyularla hissedilebilir [somut] bir şeyin var kabul edilmesi: Örneğin [borçlu kişinin] zimmet[in]de dirhemlerin varlığının kabul edilmesi gibi.

Bazıları bu tür takdirî hükümleri kabul etmeyerek şöyle derler: "Şeriatın hükme konu olan şey üzerindeki hükmü, kişinin takdire varsaydığı şeydir. Bu hükmü gerektiren bir takım niteliklerin mahal üzerinde var kabul edilmesi ise delili olmayan bir şeyi var kabul etmektir."¹⁴

Zerkeşî aynı ayrımı, Şâfiî mezhebi âlimlerinden el-Cilî'den de nakleder.¹⁵

Takdirî hüküm konusundaki teorik açıklamaların Hanefî olmayan müelliflerce yazılmış usul eserlerinde bulunduğu, Hanefî usul alimlerinin bu konuya temas etmedikleri görülmektedir.

C. Mecelle'de Takdirî Hükme Dayalı Genel Kurallar

Takdirî hüküm olgusu Mecelle'de açık olarak ifade edilmemekle birlikte

13 Karâfi, *el-Furûk*, II, 50-51.

14 Zerkeşî, Bedreddin Muhammed b. Abdullah b. Bahadır, *el-Bahru'l-muhît fi usûli'l-fikh*, (tah. Muhammed Muhammed Tâmir), Dârü'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut, 2000, I, 386-387.

15 Zerkeşî, *age*, I, 99.

Mecelle'nin baş tarafında yer alan genel kurallar arasında "takdîrî hüküm" anlayışına dayalı genel kurallara yer verildiği görülmektedir.

Mecelle'de "takdîrî hüküm" anlayışına dayalı genel kuralları şu şekilde belirtmek mümkündür:

32. Madde: "Hâcet umûmî olsun husûsî olsun zarûret menzilesine tenzil olunur."
38. Madde: "Âdeten mümteni' olan şey hakikaten mümteni' gibidir."
43. Madde: "Örfen ma'rûf olan şey şart kılınmış gibidir."
44. Madde: "Beyne't-tüccâr ma'rûf olan şey beynlerinde meşrûat gibidir."
45. Madde: "Örf ile ta'yîn nass ile ta'yîn gibidir."
63. Madde: "Mütecezzî olmayan bir şeyin ba'zını zikretmek küllünü zikr gibidir."
65. Madde: "Hâzırdaki vasıf lağv ve gâibdeki vasıf mu'teberdir."
66. Madde: "Suâl cevabta îade olunmuş addolunur."
67. Madde: "Sâkite bir söz isnad olunmaz. Lâkin ma'rız-ı hâcette sükût beyândır."
68. Madde: "Bir şeyin umûr-ı bâtınada delîli ol şeyin makâmına kâim olur."
75. Madde: "Burhân ile sâbit olan şey ıyânen sâbit gibidir."
98. Madde: "Birşeyde sebep-i temellükün tebeddülü ol şeyin tebeddülü makâmına kâimdir."

D. Takdîrî Hüküm İfade Etmek Üzere el-Mebsûta Kullanılan Terimler

Birazdan örneklerini vereceğimiz takdîrî hükümlerin *el-Mebsût*'ta şu terimlerle ifade edildiği görülmektedir:

- حک - حکمی
- قائم مقام کذا - يقوم مقام کذا - أقمناه مقام کذا
- قدرناه کذا - تقدیراً
- جعل کذا - يُجعل کذا - جعلناه کذا
- اعتبار - اعتبرنا -
- بمثله کذا
- صار کذا
- معي - في معنی

el-Mebsût'ta Takdîrî Hüküm Uygulamaları

Makalemizin omurgasını oluşturan bu bölümde Serahsî'nin *el-Mebsût* adlı eseri çerçevesinde Hanefîlerde takdîrî hükmün nasıl anlaşılıp uygulandığı hususunu ele alacağız. Konuyu iki ana başlık altında ele alacağız. Birinci başlıkta “takdîrî hükmün sebepleri” üzerinde duracağız. İkinci başlıkta ise “takdîrî hükmün engelleri” üzerinde duracağız.

Bilindiği gibi *el-Mebsût* Hanefî furû fıkhnın günümüze gelmiş en geniş çaplı eserlerinden biri belki de birincisidir. Bu sebeple onda Hanefî mezhebi imamlarına ait hükümler ve bu hükümlere dair serdedilen deliller son derece büyük bir önemi hâizdir. Zira meselâ zâhirürrivâye eserlerinin kaleme alındığı dönemden itibaren Hanefî mezhebinin önde gelen şahsiyetlerinin furû meselelere ait görüşleri literatüre yansıdığı halde bu hükümlerin aklî ve naklî delillerinin tekâmülü süreci üç asır boyunca devam etmiş ve en kâmil halini de hicrî beşinci asırda *el-Mebsût*'ta bulmuştur.

Serahsî'nin yer verdiği delillendirmelerin bizzat kurucu imamların kendi istidlâl tarzını yansıtır yansıtmadığı, daha açık bir deyişle *el-Mebsût*'ta yer alan her bir imama ait delilin bizzat o imam tarafından hüküm vermede esas alınıp alınmadığı mutlaka araştırılması gereken konuların başında gelmektedir. Bununla birlikte biz, günümüze ulaşmış eserler içinde *el-Mebsût* öncesindeki matbû eserlerde rastlayamadığımız istidlâlleri –şayet bu istidlâller eserin yazıldığı döneme kadar dilden dile aktararak gelmemişse- aksi ispatlanuncaya kadar Serahsî'ye ait kabul etmek durumundayız. Bu sebeple makalemizin örneklerinde “Serahsî'nin nerede yer aldığı” sorusuna cevap olarak rahatlıkla şunu ifade edebiliriz: “Serahsî, Hanefî mezhebi imamlarının bir meselede verdiği hükmün delillendirilmesinde ortaya koyduğu çaba, takdîrî hükümleri yansıtmayı ve yorumlamayı yönüyle önem kazanmaktadır.”

Konu *el-Mebsût*'ta teorik düzeyde tartışılmadığından biz konuyla ilgili farklı örnekleri tümevarım yöntemiyle bir arada değerlendirerek buradan teorik sonuçlara ulaşmaya çalışacağız.

I. Takdîrî hükmün sebepleri

El-Mebsût'ta bine yakın örnek üzerinde yaptığımız inceleme ve araştırmada Hanefî mezhebi imamlarının hangi sebeplere binâen takdîrî hükme gittiklerini tespiti çalıştık. Tespit ettiğimiz pek çok örnek bulunmakla birlikte bu örneklerin tümünü makale metnine yerleştirmek mümkün olmadığından her konuya dair bir iki örnek vermekle yetinecek ve bu örneklerle dair bazı yorumlarda bulunacağız:

A. Nass Sebebiyle Takdîrî Hükme Gitmek

Takdîrî hüküm verilmesiyle ilgili nassın bulunması halinde Hanefî imamlar takdîrî hüküm vermeyi kabul ederler.

- **Yemin Keffareti Olarak Verilen Elbisenin Verenin Mülkiyetine Geri Dönmesi**

Kişinin yemin keffareti için bir fakire vermiş olduğu giyecek; miras, satın alma, hibe vb. bir yolla kendisine geri dönmüş olsa keffaret bozulmuş olmaz. Çünkü elbisenin fakirin eline ulaşmasıyla farz yerine getirilmiştir, daha sonra meydana gelen sebepler bunu ortadan kaldırmaz.

Serahsî'nin belirttiğine göre bu konuda ana delil şu hadistir: Rivayet edildiğine göre Berîre'ye birileri tasaddukta bulunur, o da kendisine tasadduk edilen şeylerden Hz. Peygamber (s.a.v.)'e hediye ederdi. Hz. Peygamber (s.a.v.) "O senin için sadaka bizim açımızdan ise hediyedir." derdi.

Serahsî bu hadisin ifade ettiği hususu bir genel kural halinde şu şekilde ortaya koyar: Bu hadis "mülkiyet sebeplerinin değişmesinin bizzat malların değişmesi gibi" değerlendirileceğini gösterir.¹⁶

Bu örnekte naklî bir delil sebebiyle önce genel bir kurala ulaşılmakta daha sonra bu genel kuraldan dolayı takdîrî hükme gidilmektedir.

B. Zararı Önlemek İçin Takdirî Hükme Gitmek

Dinin koruma altına aldığı can, mal, namus gibi değerlere yönelik bir zarar ihtimalinin söz konusu olduğu durumlarda bunları koruma altına almak için takdîrî hükme gidilir. Burada söz konusu zararın "ölüm tehlikesi" vb. gibi ileri boyutta olması da şart koşulmamakta, insanı sıkıntıya düşürecek derecede olması yeterli görülmektedir.

- **Hastalığının Artmasından Korkan kişinin Teyemmüm Yapması**

Serahsî'nin belirttiğine göre hasta bir kimse abdest/gusül için suyu kullandığında hastalığının artmasından korkmakla birlikte ölüm tehlikesi söz konusu değilse Hanefîler bu kişinin teyemmüm yapmasını câiz görür. Şâfiî ise bu kişinin teyemmüm yapamayacağını belirtir. Serahsî, Şâfiî'nin bunu iki gerekçeye dayandırdığını belirtir:

a) Bu kişinin "suyu bulunan" kişi durumunda olması,

b) Suyu kullanma konusunda aczin söz konusu olabilmesi için ölüm tehlikesinin bulunmasını şart görmesi.

16 Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed b. Ebû Sehl, *el-Mebsût*, Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, Beyrut, 1993, VIII, 155.

Serahsî'ye göre Hanefîler nezdinde "hastalığın artması" orucu bozma, oturarak ve îma ile namaz kılma konusunda ölüm tehlikesi gibi kabul edilmektedir. Aynı şekilde teyemmüm hükmü açısından da durum böyledir.

Serahsî bunun gerekçesini şu şekilde ifade eder:

Canın saygınlığı malın saygınlığından daha düşük olamaz. Yanında su bulunmayan kişi suyu ancak yüksek bir bedel ödeyerek bulabiliyorsa bu kişinin zarar ederek o suyu satın alıp abdest/gusülde kullanması gerekmez, teyemmüm alması câiz olur. Mal kaybı için böyle olduğuna göre hastalığı arttıran bir durumda teyemmüm yapmak evleviyetle câiz olur.¹⁷

Bu örnekte Hanefîlerin takdirî hükme giderken iki ana gerekçeye dayandıkları görülmektedir:

a) Mekâsidü'ş-şerîa: Dinde canın korunması zarûrî maslahatlar arasında yer almaktadır. Ölüm tehlikesi cana yönelik bir zarar olduğu gibi, hastalığın artması da böyle değerlendirilmektedir.

b) Kıyas: Dinde "hastalığın artması"na bağlı olarak bazı ibadet hükümlerinde hafifletmeler söz konusu olmuştur. Şu halde "hastalığın artması" hükümlerin hafifletilmesinde müessir bir illet olarak görülmelidir.

• Susuz Kalmaktan Korkan Kişinin Teyemmüm Yapması

Serahsî'nin belirttiğine göre Hanefîler şu görüştedir: Abdestsiz olan kişinin yanında abdeste yeterli olacak kadar su bulunmakla birlikte suyu kullanması halinde ileride susuzluk çekmekten korkarsa bu kişi hükmen "suyu kullanmaktan aciz" kabul edilir.

Serahsî bu kişinin durumunun su ile kendisi arasına düşman veya yırtıcı hayvan giren kimsenin durumu gibi olduğunu belirttikten sonra bir diğer gerekçe olarak da şunu söyler: Canın saygınlığı malın saygınlığından daha az olamaz.¹⁸

Burada takdirî hükmün "zararı önleme" gerekçesine dayandırıldığı, ayrıca bu gerekçenin kıyas yoluyla da desteklendiği görülmektedir.

C. Kolaylaştırma Sebebiyle Takdirî Hüküm

Bilindiği gibi İslam dini kolaylık dini olup, mükelleflerin sıkıntıya düşmesi için her türlü tedbiri bünyesinde barındırmaktadır. Hanefî imamlar nasslarda yer alan bu kolaylaştırma ilkesini kendi icthadlarına da taşıyarak kolaylaştırma sebebiyle gerek ibadetler alanında gerekse ibadet dışı alanda takdirî hükme gitmişlerdir.

¹⁷ Serahsî, I, 112.

¹⁸ Serahsî, I, 114.

- **Başlama Tekbirine Bitişik Olmaksızın Namaza Niyet Etmek**

Takdirî hükmün zamanla ilişkili olan yönü “daha önce yapılmış bir şeye daha sonra yapılan şeyin, daha sonra yapılan bir şeye ise daha önce yapılmış şeyin hükmünü vermek”tir.

Serahsî'nin Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'den aktardığına göre nama-za başlama tekbirinden önce niyet edilmesi durumunda araya niyeti kesintiye uğratan başka bir durumun girmemesi halinde niyet tekbire bitişik olarak yapılmış gibi kabul edilmektedir.

Burada takdîrî hüküm şöyle bir kıyasla da desteklenmektedir: Oruçta orucun başlama vaktinden önce niyet etmek –daha sonra niyeti kesintiye uğratan bir durumun araya girmemesi şartıyla- câizdir.¹⁹

- **Yemin Keffaretinde Aynı Fakire On Gün Boyunca Giyecek Temlik Etmek**

Yeminini bozmuş olan kişi Hanefilere göre yemin keffareti olarak aynı fakire on gün boyunca yemek yedirebileceği gibi on gün boyunca her gün bir elbise vererek de keffareti yerine getirebilir.

Serahsî burada mukadder bir soruyu şu şekilde ortaya koymaktadır:

Yemeğe olan ihtiyaç her gün yenilenmektedir. Oysa giysiye olan ihtiyaç her gün yenilenmemekte; altı ay vb. bir zaman diliminde yeni giysi ihtiyacı olmaktadır.

Bu mukadder soruya verilen cevap takdîrî hüküm anlayışını ortaya koymaktadır:

Giysiye olan ihtiyaç belirtilen zaman diliminde yenilense bile biz giyecekler konusunda temlik ihtiyacın yenilenmesi gibi kabul ettik. Temlik her gün yenilenmektedir. [Dünkü temlik bugünküyle aynı değildir.] Bir şey başka bir şeyin yerini aldığı anda artık gerçekte olan durumu dikkate alma gereği ortadan kalkar.

Bunu şöyle açıklamak mümkündür: İnsanın mülke olan ihtiyacının bir sınırı yoktur. Bununla birlikte fiillerin ayrı ayrı yapılması nasslarda açık olarak belirtildiğinden biz keffaretin bir defada ödenmesini câiz kabul etmiyoruz. Tek bir şahıs açısından mülke olan ihtiyaç günlere bölünebilir. Aslında aynı gün içinde farklı verme fiilleriyle de bu yapılabilirse de bunun belirli bir sınırı bulunmadığından biz temlik işleminin farklı günlerde yapılmasını dikkate aldık ve **kolaylaştırma sebebiyle** bir şahıs açısından günlerin yenilenmesini mülke olan ihtiyacın yenilenmesi gibi kabul ettik.²⁰

19 Serahsî, I, 10.

20 Serahsî, VIII, 154.

Bu örnekte kolaylaştırma sebebiyle takdîrî hükme gidildiği açık olarak ifade edilirken, takdîrî hükmün mantikî alt yapısını da “mülke duyulan ihtiyacın yenilenmesi” gerekçesi teşkil etmektedir.

- **Ev Satımında Evi Dıştan Görmenin Yeterli Olması**

Züfer dışındaki Hanefî imamlarına göre ev satımında kişi evi dıştan görüp satın alsa, daha sonra evin içinin kusurlu olması sebebiyle akdi feshe demez. Züfer’e göre ise bunu yapabilir.

Üç imama göre evin bütününe görmek imkânsızdır; çünkü sütunların altlarına, kalaslardan yapılmış duvardaki kalasların arasına vb. her yere bakmak mümkün değildir. Bu yüzden kolaylaştırma amacıyla evin bir kısmını görmek bütünü görmek gibi kabul edilmiştir.²¹

D. Yaygın Olarak Görülen Durum Sebebiyle Takdîrî Hüküm

İnsanlar arasında sıklıkla görülen, çoğunlukla karşılaşılan yaygın durumlar Hanefî imamlar tarafından dikkate alınmış, bu yaygın durumlar sebebiyle takdîrî hükme gidilmiştir. Buna dair şu örnekleri zikredebiliriz:

- **Karşı Cinsle Dokunmanın Abdesti Bozduğu Durumlar**

Bir erkek bir kadına arada bir engel olmaksızın dokunduğunda ereksiyon hali [cinsel organda sertleşme] meydana gelirse Ebû Hanife ve Ebû Yusuf’a göre abdesti bozulur, İmam Muhammed’e göre ise abdesti bozulmaz.

Serahsî Ebû Hanife ve Ebû Yusuf’un verdiği hükmü “istihsân”, İmam Muhammed’in verdiği hükmü ise “kıyas” olarak ifade etmektedir. Ebû Hanife ve Ebû Yusuf’un kıyasa dayalı hükmü terk etmelerinin ardında yatan sebep ise “çoğunlukla bu durumda olan erkekten mezi geldiği” şeklindeki değerlendirmedir. Bu örnekte Ebû Hanife ve Ebû Yusuf’un takdîrî hükme gittikleri, buna karşılık İmam Muhammed’in ise takdîrî hükme gitmediği, reel durumu esas aldığı görülmektedir. Serahsî, Ebû Hanife ve Ebû Yusuf’un “yaygın olarak görülen durum” a dayandırdıkları bu takdîrî hükümlerini benzer başka hükümlerle de desteklediklerini belirterek buna dair şu iki hükmü zikreder:

a) Yatarak uyuyan kişi kendisinden abdesti bozan bir şey çıkmadığını keşin olarak bilse bile abdesti bozulur. Çünkü bu şekilde yatan kişiden çoğunlukla abdesti bozan bir şey çıkar.

b) Şehirde olup su bulamayan kişi teyemmüm yapamaz. Çünkü şehirde suyun bulunmaması nâdir bir durumdur.²²

21 Serahsî, XIII, 76-77.

22 Serahsî, I, 68.

E. Zaman – Mekâna Bağlı Takdirî Hüküm

İslam fıkhında zaman ve mekâna bağlı pek çok hüküm bulunmaktadır. Burada bizi ilgilendiren husus “zaman ve mekânın değişmesinin hükmün değişmesine etkisi” konusudur. Zira zaman ve mekâna ilişkin takdirî hükümlerde çoğunlukla bu husus dikkate alınmıştır. Buna dair şu örnekleri zikredebiliriz:

- **Tilavet Secdesi**

Bir kimse bir mekânda bir secde âyetini okuduktan sonra oradan ayrılıp tekrar geri dönse ve aynı secde âyetini okusa kendisine başka bir secde daha gerekli olur. Çünkü gidip dönmesi ile meclis yenilenmiştir. Meclisin yenilenmesi tilavet sebebinin de hükmen yenilenmesi anlamına gelir.²³

Burada secde âyetinin okunduğu mekân aynı mekân, okunan secde âyeti aynı secde âyeti olduğu halde kişinin iki okuyuş arasında farklı bir mekâna gidip gelmesi hükmen mekânın yenilenmesi gibi değerlendirilmiştir. Çünkü âyetin okunma sebebi yenilenmiştir. Şu halde bu hüküm de takdirî hükümde “zaman – mekân faktörü”nün önemli olduğunu göstermektedir.

- **Sahibi Bilinmeyen Arıların Öşür Arazisinde Yaptıkları Bal**

Öşür arazisine sahip bir kimsenin arazisinde sahibi bilinmeyen arılar bal yapsa ve arazi sahibinden başka birisi bu bala arazi sahibinden daha önce el koysa bal yine de arazi sahibinin olur. Arazi sahibi hükmen bala daha önce el koymuş kabul edilir. Çünkü arıların orada bal yapmasıyla bal onun koruması altında olmuştur. Arılar bir arazide bal yaptıklarında onu orada bırakırlar. Bu yüzden araziye sahip olan kişi bala da hükmen el koymuş olur.²⁴

Burada bir mekânda kişinin iradesi dışında meydana gelen şey, sanki o mekânda iradeyle el konulmuş şey gibi kabul edilmiştir.

F. Hak Sahiplerini Koruma Sebebiyle Takdirî Hüküm

Hanefî imamlar, hak sahiplerini haksızlığa karşı korumak, adaleti gerçekleştirmek için takdirî hükme başvurmuşlardır. Aşağıda bu şekilde verilmiş takdirî hüküm örneklerine yer vereceğiz:

- **Zengin Borçluya Hibe Edilen Alacağın Zekâtı**

Bir kimsenin zengin bir şahısta alacağı olsa, alacaklı şahıs kendisine zekâtın farz olmasından sonra alacağını borçluya hibe etse Serahsî'nin daha doğru kabul ettiği rivayete göre yaptığı bu tasarrufla fakirlerin hakkını telef etmiş olur ve bu kişi kendisine zekât farz olduktan sonra malını bir zengine

23 Serahsî, II, 5-6.

24 Serahsî, III, 16.

hibe eden şahsa benzer. Bu kişi yaptığı tasarrufla alacağını hükmen tahsil etmiş sayılır.

Serahsî bu kişinin durumunun şu şahsa benzediğini söyler: Köle satın alan kişi köleyi teslim almadan önce azat etse bu azat tasarrufuyla köleyi teslim almış gibi kabul edilir.²⁵

Burada gerek Serahsî'nin daha doğru kabul ettiği görüşe göre gerekse kıyas olarak verilen örneğe göre takdîrî hükme gidilmesinin sebebi hak sahiplerini korumaktır. Bu hükümlerin birincisinde fakirlerin ikincisinde ise kölelerin himaye edildiği görülmektedir. Şu halde takdîrî hükmün sebeplerinden birisi de özellikle zayıf konumda bulunan fakirler ve köleler gibi hak sahiplerini korumaktır.

- **Mehrini Alamayan Kadının Cinsel İlişkiden Kaçınması Durumunda Nafakasının Ödenmesi**

Koca karısına mehrini tam olarak ödemediğinden kadın cinsel ilişkide bulunmaktan kaçınırsa kadın nafaka hakkını kaybetmez. Çünkü bu durumda kadın haklı bir gerekçeyle ilişkiden uzak durmakta, nafakayı hak etme sebebi olan cinsel ilişkiyi kadın değil hükmen koca kaybettirmiş olmaktadır. Koca bunu karısının hakkı olan mehri vermemekle yapmaktadır. Ayrıca nafaka da mehir de kadının hakkıdır. Kadının bir hakkını kocasından talep etmesi diğer hakkını talep etme hakkını ortadan kaldırmaz.²⁶

Burada cinsel ilişkiden kadın kaçındığı halde bu kaçınmaya koca sebep olduğundan cinsel ilişkinin gerçekleşmemesi takdirenc kocaya dayandırılmakta, kadının ilişkide bulunmaktan kaçınmadığı varsayılarak nafakasını almasına hükmedilmektedir.

- **Ölüm Hastalığı İçinde Kocası Tarafından Bâin Talakla Boşanan Kadının Mirasçı Olması**

Hanefîlere göre ölüm hastalığı sırasında karısını bâin talakla boşayan kişi bu hastalıktan ölse, kadının iddeti devam ettiği sürece kocasına mirasçı olur. İddet esnasında nikâh mevcutmuş gibi kabul edilir. Bu konuda sahabenin de ittifakı vardır.

Hanefîler bu hükmün gerekçesini şu şekilde açıklar:

Biz “kadının zararını def etmek için” bu durumda iddetin devam etmesini nikâhın devam etmesi gibi kabul ettik. Buna göre koca, karısının istemesi sonucu boşamayı gerçekleştirmişse kadın mirastaki hakkının düşmesine razı olduğundan iddet içindeyken kocası ölmüş olsa bile mirasçı olamaz.²⁷

25 Serahsî, II, 203-204.

26 Serahsî, V, 186.

27 Serahsî, VI, 155-156.

G. Amelin Yapılan Kısmını Yok Saymamak İçin Takdîrî Hüküm Vermek

Başlanmış ve bir kısmı yerine getirilmiş bir ibadetin yapılan bu kısmını yok saymak mükellefler açısından bazı sıkıntılar doğurabilir. Bu yüzden kimi ibadetlerde Hanefiler yapılmış olan kısmı yok saymamak adına takdîrî hükme gitmişlerdir. Bu hükümlerin çoğunlukla görüldüğü hac konusundan bir örnek vereceğiz.

- **Tavafın Çoğunluğunu Yapmak**

Hanefilere göre tavafın çoğunu yapan kişinin [yani yedi tur içinden en az dördünü yapan kişinin] tavafı muteberdir. Bu durumda çoğunluğunu yapmak bütünü yapma gibi kabul edilir. Çünkü çoğunluğunu yapma durumunda tavafın varlığı yokluğuna ağır basmıştır.

Serahsî dinde buna benzer başka durumların da bulunduğunu belirterek buna şu hususları örnek verir:

a) İmama rükûda iken yetişen kişinin imama rekâtın çoğunluğunda uyması rekâtın bütününde uyması gibi kabul edilerek o rekât muteber olur.

b) Nafile oruç ve Ramazan orucu tutan kişi zevalden önce niyet ettiğinde günün çoğunluğunda niyetinin bulunması sebebiyle günün bütününde niyetli gibi kabul edilir.²⁸

Burada “bir şeyin çoğunluğunun bütün gibi kabul edilmesi” şeklinde bir takdîrî hüküm söz konusudur. Takdîrî hükme gitmenin delili ise örnekte de görüldüğü üzere kıyastır.

H. Sedd-i Zerîa Gerekçesiyle Takdîrî Hüküm Vermek

Dört sünnî fıkıh ekolü dikkate alındığında hüküm verirken sedd-i zerîa prensibini kabul etmeyen fıkıh âlimi yoktur. Bir başka deyişle “farklı ekollere mensup âlimlerin tümü aslen sedd-i zerîa prensibini kabul eder. Bununla birlikte çoğunluğu bu ismi kullanmazlar.”²⁹

- **İhramlı İken İştirak Halinde Av Yapmak**

Serahsî şunu söyler:

²⁸ Serahsî, IV, 42-43.

²⁹ Zekiyyüddîn Şaban (*İslam Hukuk İliminin Esasları (Usûlü'l-fıkıh)*, II. Baskı, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 1996, s. 205) şöyle der: “Sedd-i zerâi bütün fakihlere göre şer’î hükümlerin belirlenmesinde esas alınan dayanaklardan biridir. Aralarındaki ihtilaf ise bunun uygulanması konusundadır. Bu prensibe en geniş şekilde dayananlar Mâlikîler ve Hanbelîler, onu daraltarak benimseyenler Şâfiîler, (teorik olarak benimzediklerini ifade etmemekle beraber) uygulamada ona geniş bir yer verenler ise Hanefîlerdir.”

Şâfiî'ye göre bir grup ihramlı kişi bir av hayvanı avladığında yalnızca bir ceza gerekli olur; burada suça konu teşkil eden şeyin tek olması [yani öldürülen hayvanın bir tane olması] dikkate alınır. Hanefîlere göre ise ava iştirak edenlerin her birine müstakil olarak bir ceza gerekir. Burada suça konu teşkil eden şeye değil suç fiiline bakılır. Her bir ihramlı açısından suç müstakil olarak işlenmiş gibi kabul edilir.

Serahsî buna benzeyen iki meseleyi daha zikreder:

- a) Adam öldürme keffareti,
- b) Uygulanması gerekli olan kısas

Her iki durumda da öldürme fiiline iştirak edenlerin her biri suçu müstakil olarak işlemiş gibi kabul edilir.³⁰

Burada Hanefîlerin suç teşkil eden fiillerde takdîrî hüküm vermelerinin gerisinde “dinde cana verilen önemin göz önünde bulundurulması” ve “sedd-i zerîâ” prensibinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Gerek tartışma konusu olan olay gerekse onun kıyaslandığı diğer iki mesele birlikte değerlendirildiğinde her üç durumda da “iştirak halinde öldürme fiillerinin önüne geçmek” anlayışının bulunduğu görülmektedir.

Burada Serahsî'nin Hanefîler ile Şâfiî arasında tartışmalı olan konuda Hanefîler lehine yine kıyas deliline başvurduğu da dikkatlerden kaçmamaktadır.

I. İhtiyat Sebebiyle Takdîrî Hükme Gitmek

Hanefîler özellikle nikah-talak gibi konular ile fâiz meselelerinde ihtiyata riayet gerekçesinden hareketle takdîrî hükme gitmişlerdir. Aşağıda her iki konuya dair birer örneğe yer vereceğiz:

- **Şehvetle Öpmek ve Dokunmak Suretiyle Sıhriyet Haramlığının Oluşması**

Hanefîlere göre kişi kendi mülkiyetinde olan veya olmayan bir kadınla cinsel ilişkide bulunduğu nasıl ki sıhriyet haramlığı oluşuyorsa şehvetle öpmek ve dokunmakla da sıhriyet haramlığı oluşur. Şâfiî'ye göre ise sıhriyet haramlığı yalnızca nikâh ile oluşur.

Hanefîler konuyla ilgili sahabe ve tabîûn fetvalarını delil getirdikleri gibi aklî olarak da takdîrî hüküm yaparlar. Şöyle ki;

Dokunmak ve öpmek cinsel ilişkiye götüren davranışlardır. Çünkü cinsel ilişki bu tür fiillerle başlar. Böyle olunca bu fiiller sıhriyet haramlığını ortaya koymada bizzat cinsel ilişki gibi kabul edilir.

³⁰ Serahsî, IV, 81.

Nitekim din sıhriyet haramlığını ortaya koymada “cinsel ilişkinin sebebi olan nikâhı” bizzat ilişki gibi kabul etmiştir.

Ayrıca sıhriyetharamlığında ihtiyat esas alınır. Bu sebeple cinsel ilişkiye götüren fiiller ihtiyaten bizzat cinsel ilişki gibi kabul edilir.³¹

Burada Hanefîlerin “öpmek ve dokunmayı”, “cinsel ilişki” gibi değerlendirdiklerine ve bu yolla takdîrî bir hüküm verdiklerine şahit olmaktayız. Bu takdîrî hükmün gerisinde yatan iki ana gerekçenin olduğunu görüyoruz:

a) İhtiyat: Bu, konuyla ilgili en önemli gerekçedir. Çünkü Hanefîler evlilik, boşama, sıhriyet haramlığı vb. konularda dinde ihtiyata önem verildiği gerekçesinden hareket ederek pek çok hüküm vermişlerdir.

b) “Sebebin sonuç yerine konması” şeklindeki genel kural.

- **Fâize Tâbi Malların Ölçek ve Tartıya Vurulmadan Satılması**

Züfer dışındaki Hanefî imamlarına göre bir yiyecek yığını başka bir yiyecek yığını ile götürü usulde satılsa ve daha sonra tartıldıklarında eşit çıkarsalar akit câiz olmaz. Çünkü akdin caizliği için akit anında iki yığının eşit olduğunu bilmek şarttır. Zira akit anında bu bilinmediğinde yığınlardan birinde fazlalığın olması ihtimali söz konusudur. İhtiyat gösterilmesi gereken konularda varlığı ihtimal dahilinde olan bir şey kesin var olan bir şey gibi kabul edilir. Çünkü faiz konusu ihtiyata dayalı konulardandır. Bu sebeple ihtimale dayalı fazlalık kesin fazlalık gibi kabul edilir.³²

İ. Hükmün Bağlandığı Vasfın Gizli Olması Sebebiyle Takdîrî Hükme Gitmek

Hükmün kendisine bağlandığı asıl vasf, varlığıyla yokluğuna karar verilemeyecek derecede gizli olduğunda onun yerine varlığı ve yokluğuna kolayca karar verilebilecek açık bir nitelik hükme dayanak kılınır. Bu durumda gizli olan vasfın da mevcut olduğu varsayılır. Nitekim Mecelle'nin “Bir şeyin umûr-ı bâtınada delîli ol şeyin makâmına kâim olur.” şeklindeki 68. Maddesi de bu durumu ifade etmektedir.

- **Cinsel İlişkide Bulunulamayacak Çağdaki Kız Çocuğu İle İlişkide Bulunmak**

Kendisiyle cinsel ilişkide bulunulabilecek kadar büyük olmayan bir kızla evlendirilen kişi bu kızla cinsel ilişkide bulunsa sıhriyet haramlığı meydana gelmiş olur mu?

31 Serahsî, IV, 207-208.

32 Serahsî, XII, 191.

Ebû Hanife ve İmam Muhammed'e göre sıhriyet haramlığı meydana gelmez, Ebû Yusuf'a göre ise haramlık meydana gelir. Ebû Yusuf burada cinsel ilişkinin hakikatte mevcut olması yönünü dikkate almıştır.

Ebû Hanife ve İmam Muhammed'e göre ise sıhriyet haramlığının sabit olması bizatihi cinsel ilişkiden değil "ba'ziyet" [yani ilişkiden doğacak çocuğun ilişkide bulunanın bir parçası olması] sebebiyledir. Cinsel ilişki çağına gelmemiş bir kızla ilişkide bulunma durumunda ba'ziyetten söz edilemez. Çünkü ba'ziyet hakikatte meniden olmaktaysa da bu gizli bir durum olduğundan ve vakıf olmak mümkün olmadığından görünür sebep yani kızın ilişkide bulunulabilecek çağa ulaşmış olması ba'ziyet gibi değerlendirilir.³³

Bir tarafta Ebû Yusuf, diğer tarafta ise İmam Ebû Hanife ve İmam Muhammed'in yer aldığı bu örnekte Ebû Hanife ve İmam Muhammed'in iki farklı açıdan takdirî hükme gittikleri görülmektedir:

1) Cinsel ilişkide bulunma çağına gelmemiş bir kız çocuğuyla kocasının ilişkide bulunmasını Ebû Yusuf hüküm verirken dikkate aldığı halde Ebû Hanife ve İmam Muhammed "sıhriyet haramlığı hükmünü cinsel ilişkiye bağlamamaları" sebebiyle bu ilişkiyi yok hükmünde kabul ederek takdirî hükümde bulunmaktadırlar.

2) Ebû Yusuf'un hakiki durum olan cinsel ilişkiyi sıhriyet haramlığı için dikkate aldığı görülürken, Ebû Hanife ve İmam Muhammed'in ise "cinsel ilişkide bulunulabilecek çağda olma"yı ba'ziyet gibi takdir etmek suretiyle hükme ulaştıkları görülmektedir. Bu iki imamın takdirî hükme gitmelerinin ardında yatan sebebin "hükmün bağlı bulunduğu asıl durumun gizli olması sebebiyle zâhir durumun onun yerine konması" şeklinde bir genel kural olduğu görülmektedir.

• Temizlik Süresi Yenilendikçe Boşama İhtiyacının Yenilenmesi

Hanefîlere göre kocanın karısını her biri "cinsel ilişkide bulunmadığı temizlik müddeti" esnasında olmak üzere her bir temizlik müddetinde bir defa boşaması "hasen talak"tır.

Serahsî Hanefîlerin bu icihadlarının aklî gerekçesini şu şekilde açıklar:

[Boşamayı gerektiren durumlardan biri olarak] "Eşlerin ahlaklarının birbiriyle uyuşmaması" gizli bir durum olup bunun hakikatine vakıf olmak mümkün değildir. Bu sebeple din buna işaret eden zâhir sebebi yani "kişinin cinsel ilişkide bulunmadığı temizlik süresini", "eşlerin ahlaklarının uyuşmaması" gibi kabul etmiştir. Çünkü temizlik müddeti hem doğal açıdan hem de dinî olarak kişinin eşiyle ilişkide bulunmayı isteyebileceği bir zaman dilimidir. Kişi boşama ihti-

33 Serahsî, V, 148.

yacı duymadığı sürece bu zaman diliminde cinsel ilişkide bulunmayı terk etmez. *Dinde zâhir olan sebep gizli olan mânanın yerine bulunduğu hüküm de hem var olma hem de yok olma bakımından o zâhir sebeple birlikte bulunur. Bu zâhir sebep tekrarlandığından onun tekrarlanmasıyla boşamanın mübahlığı da tekrar eder. Bu durum da hükmen boşama ihtiyacının yenilenmesi gibi kabul edilir.*³⁴

Bu örnekte “hükümün bağlandığı gizli duruma vâkıf olamama sebebiyle zâhir durumun hükme dayanak kılınması” sebebiyle takdîrî hükme gidildiği görülmektedir. Bu takdîrî hüküm ictihâdî olmayıp bizâtihî din tarafından verilmiş bir hükümdür. Bir başka deyişle aslında burada Hanefîlerin dince verilmiş hükümü bir takdîrî hüküm olarak tasavvur ve tasvir ettiklerine şahit olmaktadır.

- **Boşamayı Kalpteki Duyguya Bağlamak**

Koca, karısına “şayet cehennem azabını” veya “ölümü seviyorsan seni boşadım” dese kadın da “seviyorum” dese İmam Muhammed’e göre kadın boşanmış olmaz, Ebû Hanife ve Ebû Yusuf’a göre boşanmış olur.

Serahsî İmam Muhammed’in görüşünün gerekçesini şöyle açıklar:

Burada kadının yalan söylediği kesin olarak bilinmektedir. Çünkü hiç kimse ölümü ve cehennem azabını sevmez. Bir kimse yalan söylediği ithamı altında olduğu bir şeyi haber verdiğinde bile sözü kabul edilmediğine göre yalan söylediği kesin olarak bilindiğinde sözü hiç kabul edilmez.

Buna karşılık Ebû Hanife ve Ebû Yusuf takdîrî bir hüküm vererek burada kadının haber verdiği sözün doğru olduğunu kabul ederler. Serahsî onların bakış açısını şu şekilde yansıtır:

Sevgi kalpte bulunan bir duygudur. Bunun olup olmadığı dışarıdan bilineme-yeceğinden açıkta bulunan sebep yani kadının “seviyorum” demesi bizzat sevginin bulunması gibi kabul edilir. Üstelik kadının ölüm ve azabı sevmesi de imkânsız değildir; çünkü evliliğin çekilmez hale geldiği durumlarda kadın kocasıyla birlikte yaşamaya devam etmektense ölmeyi ve azabı tercih edebilir. Bu durum bir realite olarak bilinmektedir. Yine nefret ve kıskançlık kadının in-tihar etmesine bile yol açabilir.³⁵

Farklı bir açıdan burada “yaygın durum” dikkate alınarak takdîrî hükme gidildiği de görülmektedir. Toplumda gözlemlenebilen bir durum olarak

34 Serahsî, VI, 3.

35 Serahsî, VI, 208-209.

intihar vakalarına da temas eden bu açıklama psiko-sosyal bir tahlili de bünyesinde barındırmaktadır.

J. Önceki Hükümün Gereğine Aykırı Bir Durumun Meydana Gelmesi Sebebiyle Takdîrî Hükme Gitmek

- **Liân Yapan Kocanın Kendini Yalanlaması**

Hanefîlere göre karısıyla lian yapmış olan kişi daha sonradan yalan söylediğini itiraf etse, karısıyla arasındaki lianı hükmen ortadan kaldırmış olmaktadır. Bu durumda kendisine had cezası uygulanır. Bunun ardından dilerse lian yapmış olduğu karısıyla evlenebilir.³⁶

Burada sonradan meydana gelen ve daha önce gerçekleşmiş olana aykırı olan bir durum sebebiyle geçmişteki hükümün takdîren ortadan kalktığına hükmedilmektedir. Önceki lian hükümünün kalktığı yolunda takdîrî hükme gitmenin sebebi, yalan söylediğini ifade eden kocaya had cezasının uygulanmasıdır. Had cezasının uygulanması zorunlu olarak lianın geçersiz olmasını gerektirir.

K. Bilkuvve Olan Bir Şeyin Bilfiil Kabul Edilmesi Sebebiyle Takdîrî Hüküm Vermek

Hanefî imamların icthadlarında herhangi bir durumda potansiyel olarak mevcut olan bir şeyin bilfiil mevcut gibi kabul edilerek takdîrî hükme gidildiği de görülmektedir. Buna örnek olarak şu durumları gösterebiliriz:

- **Darülharbe iltihak eden mürtedin ölmüş kabul edilmesi**

Mürted dârülharbe iltihak ettiğinde ölmüş kabul edilir ve malı mirasçıları arasında taksim edilir. Şâfiî'ye göre ise öldüğüne hükmedilmez, malı mevkuf olarak bekletilir.

Hanefîlere göre mürted darülharbe mürted olarak gitmekle kendi hayatını hiçe saymıştır.

Ayrıca bu kişi şayet İslam ülkesinde olsaydı devlet tarafından ölüm cezasına çarptırılacaktı ve malı da mirasçılarına taksim edilecekti. Devlet bunu gerçekten yerine getiremediğinde hükmen öldüğünü kabul eder, malını mirasçılarına taksim eder.³⁷

L. Haksız Fiilde Bulunan Kimseye Karşı Haksız Fiile Maruz Kalanı Korumak Amacıyla Takdîrî Hüküm Vermek

Toplumda zayıf olan köleler ile alacaklı olan vb. hak sahiplerinin hakkını korumak takdîr yoluyla hüküm vermeyi gerektiriyorsa bu durumda takdîrî hükme başvurulmaktadır:

³⁶ Serahsî, VII, 44.

³⁷ Serahsî, X, 102-103.

- **Gasp edilen Cârîyenin Tazmini**

Bir cârîye gasp edilerek hamile bırakıldıktan sonra efendisine geri verilse ve cariye doğum yaparken ölmüş olsa Ebû Hanîfe'ye göre daha önce onu gasp etmiş olan kimse cariye'nin değerini tazmin eder. Çünkü Ebû Hanîfe'ye göre gasp eden kimsenin fiilini ortadan kaldırması gerekir, oysa gasp eden kimse cariye'yi aldığından farklı bir şekilde geri vermek suretiyle gasp fiilini kaldırmamıştır. Cârîye gâsıbın elinde iken meydana gelen bir sebeple öldüğünde hüküm açısından gâsıbın elinde ölmüş gibi kabul edilir.³⁸

M. Örf-Âdet Sebebiyle Takdîrî Hüküm Vermek

- **Âriyet Olarak Alınan Hayvanın, Sahibi Elinde İken Bağlandığı Yere Bağlanarak Teslim Edilmesi**

Bir hayvanı âriyet olarak alan kişi o hayvanı geri verirken sahibinin evindeki bağlama yerine bağlayıp bıraksa ve hayvan telef olsa tazminle yükümlü olmaz. Çünkü bağlama yeri hayvan sahibinin elinde bulunduğundan hayvanı oraya bırakmak bizzat hayvan sahibine teslim etmek gibi kabul edilir. Buna izin verilmiş olması bu konudaki açık âdet/örf sebebiyledir.³⁹

II. Takdîrî Hükümün Engelleri

Bu bölümde Hanefî mezhebi imamlarının hangi durumlarda takdîrî hükme gitmeyi kabul etmedikleri, reel durumu esas almayı gerekli gördüklerini tespiti çalışacağız. *el-Mebsûl*'ta yaptığımız incelemelerde Hanefî imamlarının aşağıdaki durumlarda takdîrî hükme gitmeyi kabul etmedikleri ve aksi yönde görüş belirten muhataplarının hükümünü de bu sebeplerle eleştirdikleri görülmektedir:

A. Takdîrî Hüküm Vermeye Dince İzin Verilmiş Olmaması

- **Gayrimenkullerin Gasp Sebebiyle Tazmini**

Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'a göre gayrimenkuller hakkında bir tür gasptan söz edilebilirse de tazmini gerektiren bir gasptan söz edilemez. Çünkü tazminin sebebi "bir şeyi haksız yere sahibinin zilyedliğinden çıkararak ona el koymak"tır. Gayrimenkulü gasp eden kişi ise bu fiili ne hakikaten ne de hükmen yapmış değildir.

a) Olaya hakikat açısından baktığımızda gasp, malı nakletmek veya değişime uğratmakla meydana gelir. Gayrimenkulü gasp eden kişi açısından düşünüldüğünde böyle bir durum söz konusu değildir. Çünkü gayrimenkul

38 Serahsî, XI, 108.

39 Serahsî, XI, 144.

yerinde sabit kaldığı sürece mal sahibinin malı üzerindeki mülkiyeti varlığını devam ettirmektedir. Gayrimenkulü gaspeden kişi mal sahibinin oraya girmesine izin vermediğinde de bu durum mala ilişkin değil mal sahibine ilişkin bir engeldir. Şu halde gayrimenkulü gasp eden kişi mal sahibinin zilyedliğinde olan bir şeyi onun elinden almamaktadır.

b) Olaya takdir açısından bakıldığında da gayrimenkule elkoymuş kimse gâsıb olarak değerlendirilemez; çünkü bir şeyi “hükmü gerektiren sebep” yerine koymak, dinin hükmü gerektirmesine izin verdiği şeylerde olur. Din, gayrimenkul gaspının tazmini gerektirmesine izin vermemiştir.

Bir fiil ancak fiile elverişli bir mahal üzerinde gerçekleştirilirse hükmü sâbit olur, buna elverişli olmayan bir mahalde gerçekleştirilirse hüküm sabit olmaz. Buna örnek olarak şu mesele zikredilebilir:

- Bir erkek, cinsel organı bitişik olan [cinsel organında yarık bulunmayan] bir kadınla ilişkide bulunduğu anda şehvetini giderme amacını sağlamış olsa bile kendisine zina haddi uygulanmaz. Burada “amacın gerçekleşmiş olması”na bakılarak başka bir fiil “zina haddini gerektiren fiil” yerine konulamaz.
- Buna karşılık gayrimenkul davalarında ve şahitliklerde gayrimenkulün sınırlarını zikretmek bizzat gayrimenkule işaret etmek yerine geçer; çünkü işaret etmek, hükmü gerekli kılan ve dince izin verilmiş bir durumdur.
- Yine hibede kişi gayrimenkule yerleştiğinde onu teslim almış sayılır; çünkü dince buna izin verildiğinden imkân ölçüsünde bu sağlanmaya çalışılır.⁴⁰

B. Takdirî Hüküm Vermek İçin Bir Delilin Bulunmaması

• Mefkûdun Malvarlığının Hükmü

Hanefîlere göre mefkûdun [kayıp şahsın] yakınları mahkemeye başvurarak mefkudun terekesinin taksim edilmesini isteseler öldüğüne dair kesin delil getirmediikleri sürece mefkudun öldüğüne hükmedilmez. Kendisinden haber alınamaması sebebiyle mefkûd hükmen ölmüş kabul edilemez. Bu konuda mefkûd mürtedde kıyas edilemez.

Serahsî mefkûdun mürted gibi “hükmen ölü” kabul edilemeyeceğini şu delile dayandırır:

Mürtedin öldüğüne hükmetmenin delili olan “harp ülkesine iltihak etmek” açıkça bilinen bir durumdur. Harp ülkesi halkı İslam ülkesinde yaşayanlar

40 Serahsî, XI, 74-75.

açısından ölü gibidir. Mefkûd meselesinde ise onun öldüğüne dair ne hakikaten ne de hükmen *bir delil bulunmamaktadır*.

Ayrıca mürted olan şahsı İslam devlet başkanı ele geçirirse gerçekten öldürecektir. Bunu yapma imkânı bulamadığında hükmen öldüğüne hükmeder ve malını taksim eder. Kayıp şahıs hakkında böyle bir durum söz konusu değildir.⁴¹

Bu örnekteki açıklamalardan anlaşıldığına göre takdîrî hükme gidebilmek için elde bir delilin bulunması gerekir. Mürted olan şahıs hakkında bu delil mevcut olduğundan onun ölü gibi değerlendirilmesi mümkün olmaktadır. Oysa mefkûd olan kişi hakkında ölü hükmünü vermemizi gerektirecek ne hakikî bir delil [yani şahit, bilgi, belge] ne de hükmî bir gösterge bulunmaktadır.

Bu örnekten anlaşılan ikinci bir husus da şudur: Takdîrî hükme gidebilmek için hüküm verilen konunun “ıstishâb” kuralı ile çelişmemesi gerekir. Aslanan kayıp şahsın öldüğüne dair kesin bir delil bulunmadığı sürece onun yaşıyor kabul edilmesidir. Elde kesin delil yokken öldüğüne hükmetmek ıstishâb kuralına aykırıdır.

C. Takdîrî Hükme İhtiyaç Bırakmayacak Zâhir Bir Durumun Bulunması

- **Karşı Cinsi Öpmek ve Ona Dokunmanın Abdeste Etkisi**

Hanefilere göre ister şehvetle ister şehvetsiz olsun kadını öpmek veya kadına dokunmak abdesti bozmaz. Şâfiî’ye göre ise öpme ve dokunma durumunda abdest bozulur. Şâfiî’nin bu meseledeki aklî gerekçesi şudur: Öpme ve dokunma insandan mezi gelmesinin önünü açar. “İbadetlerde ihtiyata riayet etme” sebebiyle “mezi salgılayan bezin aktif hale gelmesi” bizzat mezi gelmesi gibi değerlendirilir.

Görüldüğü üzere Şâfiî bu meselede “ihtiyat gerekçesiyle” takdîrî hükme gitmektedir. Hanefiler ise iki gerekçeyle bu meselede takdîrî hükme gitmezler:

a) Takdîrî hükme aykırı hadis ve sahabe uygulaması bulunması. Bu, takdîrî hükme gitmenin nakil açısından engelidir.

b) Takdîrî hükme gitmeye ihtiyaç olmaması. Serahsî, Hanefilerin aklî delillerini şu şekilde aktarır:

Dokunmanın kendisi abdest bozucu bir durum değildir. Nitekim [Şâfiî’nin de kabul ettiği üzere] kişinin evlenmesi haram olacak derecede yakını olan kadına dokunması abdestini bozmamaktadır. Şu halde abdesti bozan şey “dokunma

41 Serahsî, XI, 38.

esnasında vücuttan çıkan şey”dir. Bu ise var olup olmadığı bilinebilecek şekilde zâhir olan bir şeydir. Hal böyle iken zâhir olan sebebi zaten zâhir olan bir durumun yerine ikame etmeye ihtiyaç yoktur.⁴²

• Küçük Dul Kızın Evlilik Akdine Sessiz Kalması

Babası tarafından evlendirilen küçük yaştaki dul kız ergenlik yaşına ulaştığında nikâha itiraz etmeyip sessiz kaldığında onun sessizliği nikâha razı olduğu anlamına gelmez. Çünkü aslolan sükûtun kendi özünde farklı ihtimallere açık olması sebebiyle rıza olarak değerlendirilmemesidir. Bâkire kızın evlendirilmesi meselesinde kızın utangaçlığı söz konusu olacağından zorunluluk sebebiyle kızın sessizliği rıza gibi değerlendirilmiştir. Bir zorunluluk sebebiyle sâbit olan şey zorunluluğun bulunduğu durumun ötesine taşamaz. Dul kız hakkında bir zorunluluk söz konusu değildir; bu yüzden kendisine evlilik konusunda fikri sorulduğunda veya kendisinin evlendirildiği kendisine bildirildiğinde sessiz kalması yeterli görülmez.⁴³

Burada zorunluluğun bulunduğu durumda takdîrî hükme gidildiği, zorunluluğun sona erdiği durumda ise takdîrî hükmün terk edildiği görülmektedir.

• Teyemmüm

Teyemmüm aslî yapısı itibarıyla bakıldığında [temizlikten çok] kirletme ve tozlandırmadır. Bu ise temizlemenin zıddıdır. Böyle bir işlem “namaz kılmaya duyulan ihtiyaçtan” zorunlu olarak temizlik gibi kabul edilmiştir; çünkü namazın belirli bir vakti vardır. Bir zorunluluk sebebiyle sabit olan hüküm zorunluluğun bulunduğu durumun dışına taşırılmaz. Bu durumda teyemmüm, namaz hükmü açısından taharet gibi kabul edilir. Bunun dışında mesela ric’at vb. hükümler açısından âdeti biten kadının su bulamaması sebebiyle teyemmüm yapmasıyla su varken teyemmüm yapması hüküm bakımından birbirine eşittir.⁴⁴

Burada Mecelle’de “zaruretler kendi miktarlarıncâ takdir olunur” şeklindeki genel kuralın uygulaması mahiyetinde bir takdîrî hüküm görülmektedir. Zaruretin söz konusu olduğu yerde takdîrî hükme gidilirken zaruretin bulunmadığı durumda takdîrî hükme gidilememektedir.

D. Takdîrî Hükümün Genel Kurala Aykırı Olması

• İtikâfta olan Kişinin İhtiyaç Dışında Mescidi Terk Etmesi

42 Serahsî, I, 68.

43 Serahsî, V, 10.

44 Serahsî, VI, 29.

Ebû Hanife'ye göre itikâf yapan kişinin ihtiyaç dışında bir süreliğine bile itikâf mekânı olan mescidi terk etmesi itikâfı geçersiz hale getirir. İmameyne göre ise günün çoğunluğu mescid dışında geçirilmedikçe itikâf geçersiz olmaz. Onlara göre günün çoğunluğunu mescidde geçiren kişi hükmen günün bütünü mescidde geçirmiş gibi kabul edilir. Serahsî'nin belirttiğine göre Ebû Hanife'nin İmameynin bu takdîrî hükmünü reddetmesi şu genel kurala dayalıdır: "Bir ibadetin rüknü ortadan kalktığında o ibadet ortadan kalkmış olur." Burada rüknü ortadan kaldıran şeyin azlık ve çokluğuna dikkate edilmez. Nitekim orucun rüknü olan yeme-içmeyi terk etmek azıcık yemek-içmek suretiyle ortadan kalktığında oruç bozulur. Abdestli olan kişi abdesti bozan şeyi azıcık yapsa bile abdest ortadan kalkar.⁴⁵

• Kocanın Ölmüş Olan Karısını Yıkaması

Karı-kocadan biri öldüğünde diğeri onu yıkayabilir mi? Hanefilere göre kadın ölmüş olan kocasını yıkayabildiği halde koca ölmüş olan karısını yıkayamaz. Şâfiî'ye göre ise eşler birbirini yıkayabilir. Her iki tarafın konuyla ilgili naklî delilleri bulunmaktadır. Bunun haricinde Şâfiî'nin konuyla ilgili aklî delili şudur: Eşlerden ölmüş olanın yıkanmaya ihtiyacı bulunduğundan nikâh mülkiyeti hükmen devam ediyor gibi kabul edilir.

Hanefiler bu takdîrî hükme karşı çıkarlarken naklî deliller yanında kıyası delil getirirler, ayrıca Şâfiî'nin kıyasına da "genel kurala aykırılık" itirazında bulunurlar:

a) Kıyas: Kadının ölümüyle nikâh mülkiyeti tamamen sona erer. Nitekim kocanın o kadın dışında dört kadınla ve o kadının kız kardeşiyle evlenebilmesi bunu göstermektedir.

b) Genel kurala aykırılık: Erkeğin ölmüş olan karısını yıkaması, kadının erkeği yıkayabilmesine kıyas edilemez. Arada kıyası engelleyen durum şudur: Nikâh akdinde erkek bir anlamda mâlik, kadın ise memlûk konumundadır. Erkeğin ölümünden sonra mülke konu olan kadın varlığını devam ettirdiğinden nikâh mülkiyetinin hükmen varlığını koruduğuna hükmedilir. Oysa kadının ölümünden sonra mülkiyetin konusu ortadan kalktığı için mülkiyet hükmen var kabul edilemez.⁴⁶

• Cârîyenin, Ölmüş Olan Efendisini Yıkaması

Bir kimse öldüğünde yanında kadınlardan başka kimse olmasa, şayet bu kadınlar arasında ölen kimsenin cârîyesi bulunursa Şâfiî'ye göre cariye ölmüş olan efendisini yıkayabilir. Çünkü ölen kişinin kendisini yıkayan kişiye

45 Serahsî, III, 119-120.

46 Serahsî, II, 71.

ihtiyacının bulunması sebebiyle onun câriye üzerindeki mülkiyeti hükmen mevcut gibi kabul edilir.

Hanefîlere göre ise ölenin câriyesi ölen şahsı yıkayamaz, ölen şahsa teyemmüm yaptırılır.

Serahsî bu konuda Hanefîlerin bakış açısını şu şekilde yansıtır:

Câriye, ölen kişinin mirasçılara intikal etmiştir. Bu câriye, ölen şahsın diğer câriyeleri ile aynı hükme sahip olmuştur. Ayrıca cariye'nin efendisine dokunmasının helal olması "cariyenin maliyetine efendinin sahip olması" gerekçesine değil "cinsel ilişkide bulunma mülkiyetine sahip olması" gerekçesine dayalıdır. Câriye üzerindeki "cinsel ilişkide bulunabilme mülkiyeti" cariye üzerindeki mülkiyete tâbidir. Câriye üzerindeki asıl mülkiyet mirasçılara intikal ettikten sonra ölenin cinsel ilişki mülkiyeti devam ediyor kabul edilemez.⁴⁷

Burada Şâfiî'nin "ihtiyaç" gerekçesiyle takdirî hükme gittiği buna karşılık Hanefîlerin ise takdirî hükmü iki gerekçeyle reddettikleri görülmektedir:

a) "Bir şey bâtil olduktan onun zımnındaki şeyde bâtil olur" şeklindeki genel kural. Hanefîlere göre câriyenin efendiye dokunabilmesinin sebebi efendinin câriye ile cinsel ilişkide bulunabilme hakkıdır. Bu hak ise câriye üzerindeki mülkiyete bağlıdır. Câriye üzerindeki mülkiyet ortadan kalktığına göre mülkiyetin zımnında bulunan cinsel ilişki hakkı da ortadan kalkmıştır. Bu ortadan kalktığına göre câriyenin efendisine dokunmasının mübahlığı da ortadan kalkmıştır.

b) Şâfiî'nin ileri sürdüğü gibi burada bir ihtiyaçtan bahsedilemez. Çünkü dinde ölen kişiyi yıkamanın mümkün olmadığı başka durumlarda olduğu gibi ölen kişiye teyemmüm yaptırmak mümkündür.

E. Takdirî Hüküm Yoluyla Bir Hükümün Şartının Başka Bir Şart Yerine Konulması

- **Zifaktan önce kadının ölmesinin zifaf gibi kabul edilmesi**

Kişi bir kadınla evlendiğinde onunla zifapta bulunmadan önce kadını boşasa veya kadın ölse, kadının kızı ile evlenmesi câizdir.

[Sahabeden] Zeyd [bin Sâbit] bu konuda boşama ve ölümü birbirinden ayırarak şöyle görüş belirtmiştir: Ölümle birlikte nikâh sona erer, bununla mehrin tamamı gerekli olduğundan ölüm zifaf gibi değerlendirilir.

Serahsî'nin belirttiğine göre Hanefîlerin görüşü şudur:

Kızla evlenmenin haramlığı dinen anneyle zifapta bulunma şartına bağlanmıştır. Annenin ölmesini zifaf gibi kabul ettiğimizde bu reyle verilmiş bir hüküm

47 Serahsî, II, 70.

olur. Dinde rey yoluyla şart belirlemek câiz olmadığı gibi yine rey yoluyla bir şartı başka bir şart yerine koymak da câiz değildir.⁴⁸

Hanefiler, Zeyd'in (r.a.) ictihadında yer alan takdîrî hükmü reddederken "rey yoluyla bir şartı başka bir şart yerine koymak câiz değildir" şeklindeki genel kurala dayanmışlardır.

F. Takdîrî Hükmün Kolaylık Sağladığı Durumda Kolaylaştırmayı Hak Etmemiş Olmak

• Hayvan Kesiminde Besmele Çekmeyi Kasten Terk

Hayvan kesiminde besmeleyi unutan kişinin bağlı bulunduğu din bizzat besmele yerine konulur. Bu durum bir hafifletmedir. Bununla birlikte bu hafifletmeyi kasten terk eden kimse hak etmez; çünkü kasten besmeleyi terk eden kimse besmele çekmekten geri durmuş sayılır. Onun "besmele çekmeyi unutan kimse hükmünde" kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü unutan kimse mazurdur. Dinde mazur olan kişi ile böyle olmayan kişi arasında bir ayırım yapılması en temel prensiplerden biridir.⁴⁹

Sonuçlar

Makalemizde ulaştığımız sonuçları şu şekilde ifade etmek mümkündür:

1. Usul tarihinde "takdîrî hüküm" konusunda teorik düzeydeki ilk açıklamalar tespit edebildiğimiz kadarıyla Şâfiî mezhebine mensup İzzeddin b. Abdüsselam ile başlamış, onu Mâlikî mezhebine mensup öğrencisi Karâfi takip etmiştir.
2. Takdîrî hüküm, "var olan bir şeye yok hükmünü vermek" şeklinde olabileceği gibi "yok olan bir şeye var hükmünü vermek" şeklinde de olabilmektedir.
3. Takdîrî hüküm "mekâsidü'ş-şerîa", "adalet" ve "hakkâniyet" gibi temel gerekçelerden hareketle "reel olanın" değil "ideal olanın" esas alınmasıdır.
4. Hanefî mezhebi usul literatüründe takdîrî hüküm konusu teorik düzeyde ele alınmamıştır.
5. Hanefî mezhebi imamları (Ebû Hanife, Ebû Yusuf, İmam Muhammed ve Ebû Yusuf) prensip olarak takdîrî hüküm vermeyi kabul etmektedir.
6. "Takdîrî hüküm" ve "istihsâna göre hüküm verme" arasında bir paralellik söz konusudur. İstihsâna kendi metodolojisinde hemen hemen

48 Serahsî, IV, 201.

49 Serahsî, XI, 238.

hiç yer vermeyen Züfer'in takdîrî hükme de çok az başvurduğu buna karşılık istihsanı çokça uygulayan Ebû Hanîfe'nin de takdîrî hükme sıkça başvurduğu görülmektedir.

7. Takdîrî hüküm konusunda Hanefî mezhebi imamlarının herhangi bir alan sınırlaması yapmadıkları, fıkıhın ibâdât, muâmelât ve ukûbât gibi temel alanlarında takdîrî hükme başvurdukları görülmektedir.
8. Takdîrî hüküm, reel durumu bir anlamda gözardı etmek demek olduğundan bu yolla hüküm verilebilmesi için bazı gerekçelerin bulunması gerekir. Hanefî imamlarının fıkıhın değişik alanlarında verdikleri takdîrî hükümler dikkate alındığında nassın bulunması, ihtiyaç veya zaruret olması, ihtiyata riayet, adalete riayet, kolaylaştırma, haksız fiillerin önüne geçme, işin iç yüzünün anlaşılabilmesi vb. durumlarda takdîrî hükme gittikleri görülmektedir.
9. Hanefî imamları takdîrî hükmün nassa, genel kurala aykırı olması, takdîrî hükme ihtiyaç bulunmaması, takdîrî hükmün delilinin olmaması, takdîrî hüküm verilmesi durumunda korunmayı hak etmeyen birinin koruma altına alınmış olması vb. durumlarda takdîrî hükme gitmeyi tecviz etmemişlerdir.
10. Takdîrî hüküm, hukukta adalet fikrinin gerçekleştirilmesinde, reel durumun esas alınması halinde gerçekleştirilecek haksızlıkları önlemede önemli bir fonksiyon üstlenebilecek bir istidlâl tarzıdır. Geçmiş fıkıh mirasımızın bu yönünün daha ayrıntılı olarak ve farklı ekoller bazında yapılmasının günümüz hukuk düşüncesine ve günümüz Müslümanlarının problemlerinin çözülmesine önemli katkılar sağlayacağı kesindir.

Kaynakça

- Abdülkerim Zeydan, *el-Vecîz fî usûli'l-fıkh*, Beyrut: Müessesetü'r-risâle, 1987.
- Ahmed b. Muhammed b. Ali el-Feyyûmî, *el-Misbâhu'l-münîr* (tah. Yusuf Şeyh Muhammed), y.y., *el-Mektebetü'l-Asriyye*.
- Ahmed el-Husarî, *Nazariyyetü'l-hüküm ve mesâdiru't-teşrî fî usûli'l-fıkhî'l-İslâmî*, Mektebetü'l-Külliyyâti'l-Ezheriyye, 1981.
- Bedreddin Muhammed b. Abdullah b. Bahadır ez-Zerkeşî, *el-Bahru'l-muhît fî usûli'l-fıkh*, (tah. Muhammed Muhammed Tâmir), Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-ilmîyye, 2000.
- Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed b. Ebû Sehl es-Serahsî, *el-Mebsût*, Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-ilmîyye, 1993.
- Ebu'l-Abbas Ahmed bin İdris el-Karâfî, *el-Ümniyye fî idrâki'n-niyye*, (tah. Müsâid bin kâsım el-Fâlih), Riyad: Mektebetü'l-Harameyn, 1988.
- el-Mu'cemü'l-Vasît*, Kâhire: Mektebetü'ş-şurûk ed-düveliyye, 2004, II, 748

- İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, (tah. Heyet), Dâru'l-meârif, Kâhire, t.y.
- İzzeddin b. Abdüsselam, *el-Kavâidü'l-kübrâ*, (tah. Nezhîh Kemâl Hammâd – Osman Cum'a Damîriyye), Dımaşk: Dâru'l-kalem, 2000.
- Muhammed Murtaza el-Huseynî ez-Zebîdî, *Tâcü'l-arûs min cevâhiri'l-kâmûs* (tah. Abdüssettâr Ahmed Ferrâc), Küveyt, 1965.
- Mustafa Demiray, *Serahsî'de Kazâî Hüküm – Diyanî Hüküm Ayrımı*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2001.
- Şebnem Akipek Öcal, *Medenî Hukuk I*, Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Yayınları, Eskişehir 2001.
- Vehbe Zuhaylî, *Usûlü'l-fikhi'l-İslâmî*, Dâru'l-fikr, Dımaşk, 1986.
- Zekiyüddîn Şaban, *İslam Hukuk İlminin Esasları* (Usûlü'l-fikh), Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1996.
- <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/1mak983.html>