



KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
İLAHİYAT FAKÜLTESİ
İLİTAM PROGRAMI



İSLAM HUKUKU II
(DERS NOTLARI)

HAZIRLAYANLAR

Prof. Dr. Abdullah KAHRAMAN

Prof. Dr. Ayhan HİRA

Doç. Dr. Ahmet EKŞİ

Doç. Dr. Hüseyin OKUR

KOCAELİ 2025

İÇİNDEKİLER

ÜNİTE I: İslam Anayasa Hukuku	3
ÜNİTE II: Suç ve Ceza	20
ÜNİTE III: Had Cezasını Gerektiren Suçlar, Kıyas, Diyet ve Tazir Cezaları	40
ÜNİTE IV: Yargı (Edebü'l-Kâdi)	64
ÜNİTE V: İslam Eşya Hukuku I	83
ÜNİTE VI: İslam Eşya Hukuku II	104
ÜNİTE VII: İslam Borçlar Hukuku I (Genel İlke ve Hükümler)	122
ÜNİTE VIII: İslam Borçlar Hukuku II (Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri)	144
ÜNİTE IX: İslam Borçlar Hukuku III (Özel Borç İlişkileri)	159
ÜNİTE X: İslam Şirketler Hukuku	173
ÜNİTE XI: İktisat/Ekonomi İlimi ve İslam İktisadına Giriş	187
ÜNİTE XII: İslam Hukukunda Faiz Yasağı ve Finans Kurumları	219
ÜNİTE XIII: Tedavi Sürecinde İbadet, İslam Hukuku Bakımından Tedavi Sürecinde Hasta Mahremiyetinin İhlali	239
ÜNİTE XIV: Bazı Güncel Meseleler	263
Yararlanılan Kaynaklar.....	316
Telif Sayfası.....	320

BİRİNCİ HAFTA

ÜNİTE I: İSLAM ANAYASA HUKUKU

KONULAR

1. Anayasa Terimi
2. Devlet Kavramı
3. İlk İslam Devletinin Oluşumu
4. Medine Anayasası
5. Devletin Unsurları
6. İslam Anayasa Esasları
7. Literatür

AMAÇLAR

1. Anayasa kavramının anlamını, içeriğini ve amacını açıklayabilmek
2. İslam Anayasasının temel hedef ve amaçlarını öğrenmek
3. İslam Anayasasının temel dinamiklerine vakıf olmak
4. Anayasanın insanlara tanıdığı temel hak ve hürriyetleri bilmek
5. Tarihi süreç içerisinde oluşan İslam Anayasa Hukukuyla ilgili literatürü bilmek

HAZIRLIK SORULARI

1. Anayasa deyince ne anlıyoruz, araştırınız?
2. Hukukun oluşmasında anayasal düzenin ne gibi bir etkisi olabilir?
3. Günümüz hukuk sistemleriyle İslam hukukunun anayasal sistemlerinin ne farkı olabilir, tartışınız?
4. Anayasal düzenin gerçekleştirmek istediği hedef sizce neler olabilir?

İSLAM ANAYASA HUKUKU

Giriş

İslam hukuku teşekkül dönemlerinde yasalar, devlete bağlı bir yasama organının faaliyetleriyle değil müçtehit hukukçuların devletten bağımsız, serbest ilmî çalışmalarıyla ortaya konmuştur. Bu sebeple sadece anayasa hukuku alanında değil hukukun diğer alanlarında da bu dönemde devlet tarafından kabul edilen ve yürürlüğe konulan resmî bir kanun metni mevcut değildir. Bunun yerine serbest içtihatlarla oluşan hukuk kuralları, ilk asırların tedvin faaliyetleri sonucu meydana getirilen fıkıh eserleri içerisinde yer almıştır. Fıkıhın bu şekilde tedvin edilmesi de dört halife döneminden sonradır. Resmî kanun metinleri ise ancak XIX. yüzyıldan itibaren klasik hukuk kitaplarındaki esasların kanunlaştırılması şeklinde ortaya çıkmaya başlamıştır. İşte bu sebeple Hulefâ-yi Râşidîn döneminde Medine anayasasının yerine geçmek üzere hazırlanmış yazılı bir metinle karşılaşmamaktadır. Ne var ki bu durum, İslam hukuk düzeninde devletin genel yapısını, organlarını, bunların işleyişini ve birbirleriyle ilişkilerini düzenleyen esasların bulunmadığı anlamına da gelmez. Nitekim Hz. Peygamber'in ölümünden hemen sonra Benî Sâide çardağında toplanan sahabenin Resulullah'ın yerine geçecek devlet başkanını belirleme problemiyle meşgul olmalarından da anlaşılacağı üzere, devlet başkanını seçme ve buna bağlı olarak İslam anayasa esaslarını belirleme yolundaki çabalar çok erken dönemlerden itibaren başlamıştır. Dört halife döneminde de gerek halifenin tayin usulüyle gerekse İslam anayasasının diğer problemleriyle ilgili olarak sonraki müçtehitlere ışık tutacak uygulamaların ortaya çıktığı bir gerçektir. İşte İslam hukukçuları Kitap ve Sünnet'te yer alan ve daha çok genel prensipler niteliği taşıyan hukukî esaslar ile dört halife döneminin uygulamalarını göz önüne alarak İslam anayasa esaslarını ortaya koymaya çalışmışlardır. Bu esasların belirlenmesinde ayrıca Hz. Osman'dan itibaren başlayan ve Abbâsîler'in idareyi ele geçirmelerine kadar devam eden olayların, müçtehitlerin yaşadıkları siyasî ortamın ve bağlı buldukları mezheplerin de önemli ölçüde rolü bulunduğunu unutmamak gerekir. Bundan dolayı özellikle müçtehitlerin içinde buldukları siyasî şartlar değiştikçe içtihatların da değiştiği görülmektedir. Devlet başkanının Kureyş kabilesinden olması şartı ile aynı anda iki devlet başkanının olamayacağı kuralı buna örnek olarak gösterilebilir.

1. Anayasa Terimi

Anayasa devlet yapısının temelidir. Devlet kuruluşlarının yapısı ve düzeni, bu kuruluşların yetkileri, görevleri ve birbirleriyle olan ilişkileriyle karşılıklı durumları, Devlet ve kişilerin hakları ile ödevleri bu hukuksal yapının bütününe oluştururlar.

Anayasa terimi, maddî ve şeklî olmak üzere iki farklı anlamda kullanılmaktadır. Maddî anlamda kullanıldığında anayasa terimi, bir devletin oluşumunu ve yetkilerini, devlet yetkilerini kullanan organların kuruluş, işleyiş ve işlevlerini, bireylerin devlet karşısındaki temel hak ve hürriyetlerini düzenleyen kurallar bütünü kastedilmektedir.

Anayasa terimi şekli anlamda kullanıldığında ise, bir hukuk düzeni içinde normlar hiyerarşisinde en üst sırada yer alan, kanunlardan genellikle daha farklı ve daha zor bir usulle konulup değiştirilebilen hukuk kuralları bütünü kastedilmektedir.

İslam hukukunun kendi düzeni gereği, hukuk kuralları arasında kat'îlik-zannîlik ayrımına bağlı bir hiyerarşi mevcut olup, ilahî iradeye nispeti kat'î olan hukuk kurallarının tamamının, zannî düzeyde olanlardan daha üstte buldukları gerekçesiyle, anayasa kuralı olarak nitelenmesi söz konusu değildir. Bu itibarla İslam hukukunda anayasa kuralları ancak anayasa teriminin maddî anlamı esas alınarak tespit edilebilir.

Anayasa hukuku, anayasa olarak nitelenen hukuk kurallarını inceleyen bir hukuk bilimi disiplini. Buna göre, anayasa hukukunun konusunu anayasa teşkil etmektedir. Daha açık ifade edersek, devletin oluşumunu ve yetkilerini, organların kuruluş, işleyiş ve işlevleri ile temel hak ve hürriyetleri düzenleyen hukuk kurallarına (maddî anlamda) anayasa, bunlar üzerinde inceleme yapan hukuk bilimi dalına da anayasa hukuku denilmektedir.

İslam anayasa hukukunun Kitâb ve Sünnet dışındaki doğrudan bilgi kaynakları, özellikle anayasa hukuku konularını ele alan el-Ahkâmus-sultâniyye ve es-Siyâsetü's-şer'iyye türü eserlerdir. el-Harâc, el-Emvâl ve Nasîhatu'l-mulûk türü eserler de anayasa hukukunun kısmen özel kaynakları arasında yer almaktadır. Ayrıca genel fıkıh kitaplarının bilhassa siyer, cihâd, imâmet, bağy ve velâyete ilişkin bölümleri ile genel kelâm kitaplarının imâmet bölümlerinin de anayasa hukukunun çeşitli konularına dair içerdikleri hükümler ve tartışmalar sebebiyle, sözü edilen kaynaklar arasında sayılmaları gerekir.

2. Devlet Kavramı

Devlet veya düllet Arapça kelime olarak d-v-l kökünden türemiş olup sözlükte mal veya savaşın (savaşta galibiyetin) nöbetleşe olarak el değiştirmesi anlamına gelmektedir. Devlet kelimesinin savaş, düllet kelimesinin mal için veya devlet kelimesinin dünya, düllet kelimesinin ise ahiret için kullanıldığı şeklindeki görüşlerin yanında her ikisinin aynı anlama geldiğine dair görüşler de bulunmaktadır. Devlet kelimesi sözlük anlamlarında da ortaya çıktığı üzere sevindirici durumun bir gruptan başka bir gruba geçişini ifade etmektedir. Bu durum savaş olduğunda zaferin bir kavimden diğer kavme geçmesi ve bunun sonucunda ele geçen ganimetler anlamındadır. Nitekim devletler savaşırken galip geldiklerinde karşı tarafın elindeki mallar galip olana geçerek el değiştirmektedir.

İslam Hukukunda devlet kavramı yönetim ve es-siyasetü's-şer'iyeye dair yazılan klasik eserlerde veya bu konularının işlendiği klasik fıkıh kaynaklarının ilgili bölümlerinde tercih edilen bir kelime olmamıştır. Bunun sebebi devlet kelimesinin daha sonraları kullanıldığı şekliyle ilk dönemlerde kullanılmamış olmasıdır. Devlet yönetiminin işlendiği bölümler ve kitaplarda ana tema devlet başkanlığı üzerinden işlendiğinden tercih edilen kelimeler "imam, halife, sultan, emiri'l-müminin, veliyü'l-emr"dir.

Devlet kelimesi siyasi bir kavram haline gelmesinin ilk safhasında "zafer ve güç" anlamlarında ya da kelimenin sözlük anlamına da yakın olarak "hâkimiyetin dönüşümlü olarak el değiştirmesi" anlamında kullanılmıştır. İkinci safhada devlet kavramı nihaî siyasi

otorite ve yapı için kullanılan bir kavram haline gelmiş, üçüncü safhada ise “millet-devlet esasına dayalı milletlerarası sistemin her bir unsuru” anlamını taşımıştır.

Devlet tanımları iki gruba ayrılarak incelenebilir. Devlet tanımlarından ilk grup, sosyolojik yaklaşıma dayanmaktadır. Sosyolojik yaklaşımı benimseyenlere göre devlet, yöneten ve yönetilen ayrışması biçiminde açığa çıkan bir iktidar olgusundan başka bir şey değildir.

Devlet tanımlarından ikinci bir grup, onun hukukî mahiyetini esas almaktadır. Hukukî yaklaşımda devlet salt bir iktidar olgusu olarak değil, kişilik sahibi soyut bir varlık olarak tanımlanmaktadır.

Devletin, ileride ele alacağımız üzere, millet, ülke ve egemenlikten oluşan üç temel unsuru bulunmaktadır. Bu unsurlardan biri diğerine göre daha önemli olmadığı gibi, devlet de onlardan herhangi birine, hatta üçüne birden dahi indirgenemez. Devlet, kendisini oluşturan unsurların dışında, soyut bir varlığa sahiptir. Bu itibarla devletin, sosyolojik yaklaşımda olduğu gibi salt iktidar farklılaşması olgusuna indirgenemez.

Devletin yalnızca üç temel unsuru esas alınarak dar bir tanımla yapılabileceği gibi, tanımı, önemli görülen bir ya da daha fazla özelliğin bu üç unsura ilave edilmesi suretiyle, daha geniş kapsamlı olarak da yapılabilir. Şu hâlde bir hukuk terimi olarak devleti, belirli bir ülkede, üstün bir iradenin egemenliğine tâbi olarak yaşayan insanlar topluluğunun teşkil ettiği, ayrı ve bağımsız bir kişiliğe sahip, hukukî bir kurum biçiminde tanımlamak mümkündür.

Kur'an'da devlet kavramını ifade eden belli bir terime rastlanmaz. Bu tespit, Kur'an'ın iktidar olgusuna yabancı olduğu ve onunla hiçbir biçimde ilgilenmediği anlamına gelmemektedir. Nitekim Kur'an'da, toplumsal düzenin kurulup devam ettirilmesinde ve bozulduğunda eski haline iadesinde zorunlu bir unsur olan iktidar olgusuna ilişkin belli normatif ilkelerin mevcut olduğu görülmektedir. Bu ilkeler esas alınarak, Kur'an'ın iktidar olgusuna bakışını tespit etmek, devlete ve devlet yetkilerinin kullanımına yönelik tutumunu belirlemek mümkündür.

Kur'an, iktidar olgusuna dönük normatif tutumunu ortaya koyarken, onunla doğrudan ya da dolaylı olarak ilişkili çeşitli kelime ve tabirlere başvurmaktadır. Bunlar arasında zaten siyasî (yönetime dair) anlam ve imalar taşıyanlar olduğu gibi, Kur'an tarafından ilk defa belirtilen türde anlamlar yüklenen kelimeler de bulunmaktadır. Mesela hükm, mülk, ümmet, velâyet/vilâyet, itaat, bey'at, imâmet, emr ve ulu'l-emr kelime ve tabirleri, Kur'an'dan önce de dilde bir kısım siyasî anlamları ifade ya da ima etmek için kullanılmaktaydı. Veraset, hilâfet, şürâ ve emânet gibi kelimelere ise, Kur'an tarafından kendi yaklaşımı doğrultusunda siyasî anlamlar kazandırıldığı görülmektedir.

Kur'an'ın iktidar olgusuna ilişkin yaklaşımı, toplumsal düzen merkezlidir. Kur'an'a göre iktidar, bizatihi bir amaç değil, toplumsal düzenin kurulması ve devam ettirilmesi bakımından bir araçtır.

Kur'an, yeryüzünde toplumsal düzenin sağlanabilmesi, adâletin gerçekleştirilebilmesi ve barış içinde yaşanabilmesi için, insanların yöneticiler edinmelerini ve siyasî bir teşkilatlanma içinde olmalarını gerekli görmektedir (Al-i İmrân, 3/104; Nisâ', 4/59; el-Mâverdî, 1409/1989, 1-4).

Kur'an'a göre, insan toplumları kendilerini yönetme hususunda yetkili olmakla birlikte, bu, mutlak bir yetki olmayıp, ilahî iradenin emir ve buyrukları ile sınırlıdır. Benzer şekilde yöneticiler de yetkilerini maruf çerçevesinde kullanmakla sorumludurlar. Maruf, toplumun yöneticilere itaat etme sınırını da belirlemektedir. Yöneticilerin emir, işlem ve eylemleri ancak maruf kapsamında kaldığı sürece toplumun onlara itaat etme yükümlülüğünden söz edilebilir (Nisâ, 4/59; Mâide, 5/2; Ahzâb, 33/36). Maruf, ilahî irade tarafından öngörülen dinî, ahlâkî ve hukukî meşruiyet alanı biçiminde tanımlanabilir.

Kur'an, inananların yöneticilerini kendi içlerinden seçmelerini ya da yöneticilerin inanan kimselerden olmalarını şart koşturmaktadır. Ayrıca Kur'an, yöneticilerin yönetime ilişkin yetkileri kullanmaya ehil kimselerden olmasını da önemsemektedir. (Nisâ, 4/58, 59).

Şura, Kur'an'da temel bir yönetim ilkesi olarak öngörülmüştür. Başta Hz. Peygamber'in toplumu olmak üzere, tüm Müslüman toplumlara kamusal işlerini istişare yoluyla karara bağlamaları açıkça emredilmiştir (Al-i İmrân 3/159; Şürâ 42/38).

Bütün bunlardan Kur'an'ın yaklaşımında iktidar kullanımının bir amaç değil, tüm insanların hiçbir ayırım yapılmaksızın ve belli toplum kesimlerine ayrıcalık tanımaksızın barış ve huzur içinde yaşayabilmeleri için yeryüzünün fitne ve fesattan arındırılmasının bir aracı olarak görüldüğü anlaşılmaktadır. Kur'an, iktidara ilişkin getirdiği sınırlamalar ile hak ve adâletin gerçekleştirilmesini hedeflemektedir (Bakara, 2/217; Mâide, 5/8; Enfâl, 8/39; Sâd, 38/26).

3. İlk İslam Devletinin Oluşumu

Peygamberlik, ilahî iradenin öngördüğü mesajın insanlara ulaştırılması ve içerdiği talebin gereğine uygun davranılmasını sağlama görevidir. Peygamberler aldıkları mesajı, gereğini yapmak üzere içinde buldukları toplumlarda yönetimin başı sıfatıyla siyasî görevler de üstlenmişlerdir (Bakara, 2/251; Al-i İmrân, 3/79; Nisâ, 4/54; En'âm, 6/89; Enbiyâ, 21/79; Sâd, 38/35; Câsiye, 45/16). Hz. Muhammed'in (sav) son peygamber ve getirdiği mesajın da evrensel nitelikte olması, peygamberlik-devlet ilişkisinin onun şahsında çok daha güçlü bir biçimde ortaya çıkmasını sağlamıştır.

Mekke döneminde Hz. Peygamber'in tebliğ faaliyetinin düşmanca karşılanması ve az sayıdaki Müslüman cemaatin mustaz'af konumunda bulunması, Hz. Peygamber'i Mekke dışına çıkmaya mecbur bırakmıştır. Buna yönelik çabalar Yesrib (Medine) halkının temsilcileri ile yapılan antlaşmalarla bir sonuca ulaşmıştır. Medine halkının temsilcileri ile I. ve II. Akabe Biatları olarak anılan, bir yıl arayla iki ayrı antlaşma yapılmış; II. Akaba Biatı'ndan sonra Medine'ye hicret gerçekleşmiştir. II. Akabe Biatı, siyasî içeriğindeki vurgu nedeniyle tarihe Bey'atu'l-harb (Savaş Sözleşmesi) olarak geçmiştir (İbn Hişâm, I, 419 vd., 454). Medine'ye hicret, Mekke'de küçük bir cemaat niteliğindeki Müslüman toplumun

siyasî bir kimlik kazanmasına imkân vermiştir. Hz. Peygamber'in Medine'ye geldikten sonra kurduğu devlet, Mekke'de iken takip ettiği siyasî sürecin nihaî aşamasıdır. Kimi yazarlarca iddia edilen aksine, siyasî tutum ilk defa Medine'ye hicretle birlikte açığa çıkmış değildir. Müşriklerin baskıları sebebiyle, Hz. Peygamber'in Müslümanlara Habeşistan'a hicret etmelerini emretmesi, etraf kabile ve şehirlerle antlaşma girişimlerinde bulunması ve nihâyet Akabe Biatlarının gerçekleştirilmiş olması belirtilen siyasî tutumun bariz göstergeleridir.

Hz. Peygamber, Medine'ye geldikten sonra, öncelikle siyasî birliği sağlamaya girişmiş, bunun ilk adımı olarak Muhâcirlerle Ensâr arasında, hukukî sonuçlar da doğuran, kardeşleştirme (muâhât) uygulamasını hayata geçirmiş ve yapılacak antlaşmalarda Müslüman toplumun stratejik ağırlığını belli etmek amacıyla nüfus sayımını yapmıştır.

Hz. Peygamber, tüm Medine halkını ve onlarla antlaşmalı kabileleri temsil eden bir devlet kurmak için harekete geçmiştir. Başta Medine'de yaşayan Yahudi kabileleri olmak üzere, onlarla ittifak halinde olan diğer kabileler ve Müslüman toplum, günümüzde **Medine Sözleşmesi** olarak anılan ve kimi yazarlarca insanlık tarihinin ilk yazılı anayasası olarak nitelenen bir antlaşma metni (**Medine Vesîkası**) etrafında birleştirilmiştir. Antlaşma metni incelendiğinde, bir devletin kurulmuş sayılması için zorunlu olan temel unsurları barındırdığı görülmektedir. Bu itibarla antlaşma metninin kurucu bir belge olarak nitelenmesi yerindedir.

4. Medine Anayasası

Hicretten sonra Müslümanların yanı sıra Medine toplumunu oluşturan Yahudileri ve diğer grupları bir şehir devleti halinde teşkilatlanmaya ikna eden Hz. Peygamber bu teşkilâtın esaslarını yazılı bir metin (sahîfe) halinde ortaya koymuştur. Medine şehir devletini oluşturan toplulukları, bunların birbirleriyle ve yabancılarla olan münasebetlerini, bu toplulukların idarî ve adlî yapılarını, fertlerin sahip oldukları din ve vicdan hürriyetini belirli esaslara bağlayan bu metin, şekil açısından bugünkü anayasalardan farklı da olsa maddî açıdan bir anayasa mahiyetindedir. Bundan dolayı da özellikle Batı kaynaklarında “Medine Anayasası” olarak adlandırılmaktadır. Bugüne kadar tespit edilebilen tarihteki ilk yazılı anayasa olması bakımından da ayrı bir önemi vardır.

Bu anayasanın tam metni klasik kaynaklardan başlıca İbn İshak, İbn Hişâm (es-Sîre, II, 501-504), Ebû Ubeyd (el-Emvâl, s. 193, md. 518), İbn Seyyidünnâs (Uyûnü'l-eser, I, 238-240) ve İbn Kesîr'in (el-Bidâye, III, 224-226) eserlerinde yer almaktadır. Arapça tenkitli neşri Muhammed Hamidullah tarafından yapılmıştır. Medine anayasası birçok Batı diline tercüme edilmiştir.

Medine anayasasının Müslümanlarla ilgili bölümü (1-23. md.) hicretten hemen sonra kaleme alınmış, Yahudilerle ilgili bölüm ise (24-47. md.) Bedir Harbi'nden sonra ilâve edilmiştir. Yahudilerle ilgili bölümün bir defada değil ihtiyaç duyuldukça parça parça düzenlenmiş olması, ihtiyaç kalmayan hükümlerin metinden çıkarılmış bulunması da muhtemeldir

Anayasada önce şehir devletini meydana getiren gruplar sayılmakta ve bunların siyasî bir bütün oluşturdıkları belirtilmektedir (md. 1-2).

Daha sonraki maddelerde gerek şehir devletinin gerekse onu meydana getiren dinî-siyasî grupların fonksiyonları ve devletin bazı temel esasları ortaya konulmaktadır. Devlet başkanı Hz. Peygamber'dir. Bu durum birinci maddeden anlaşıldığı gibi, Resûlullah'ın son yargı mercii (md. 23, 42) ve ordu kumandanı (md. 36) olarak kabul edilmesinden de ortaya çıkmaktadır.

Yine Hz. Peygamber anayasaya göre en üst yargı merciidir. Merkezî otoritenin bunların dışında kalan görev ve yetkileri konusunda ayrıntıya girmeye o günün şartları içinde ihtiyaç duyulmamıştır.

Anayasaya göre, devleti meydana getiren Müslümanlar, Yahudiler ve diğer gruplar bir dış tehlike karşısında birbirleriyle iş birliği ve yardımlaşma halinde olacaklardır (md. 18, 37, 44, 45). Medine şehir devletinin Müslüman olmayan üyeleri, Müslümanların hasmı olan Kureyşliler'le anlaşma yapamaz ve onları himaye edemezler (md. 20b, 43). Her grubun iç işlerinde bağımsız olduğu anlaşılmaktadır.

Diyet, kurtuluş fidyesi, savaş masrafları gibi hukukî, malî ve askerî meseleleri her biri kendi bünyesinde halletmek zorundadır (md. 3-11, 37, 38). Aynı şekilde her toplum yargı görevini bağımsız olarak yürütecek, farklı gruplara mensup kişilerin anlaşmazlıklarında son yargı mercii Hz. Peygamber olacaktır (md. 23, 42). Öte yandan her türlü tecavüzü önlemeyi ve tecavüzde bulunana karşı çıkmayı bütün fertler taahhüt etmektedir (md. 13, 21).

Anayasada devletin yürütme ve yargı fonksiyonlarına ait hükümler getirildiği halde yasamaya ait herhangi bir hüküm mevcut değildir. Çünkü İslam hukukunda yasama fonksiyonu yalnız Allah'a ve resulüne aittir.

5. Devletin Unsurları

Devletin unsurlarının neler olduğu hususunda kamu hukukçuları arasında bir kısım tartışmalar bulunmakla birlikte, onların büyük ölçüde millet (insan topluluğu), ülke ve egemenlik unsurları üzerinde ittifak ettikleri anlaşılmaktadır. Devletin unsurlarına onun kişiliğini ve siyasî teşkilatını ekleyenler olduğu gibi, siyasî iktidar ya da hükümeti unsurlar arasında sayan hukukçular da bulunmaktadır.

5.1. Devletin Millet Unsuru

Devletin millet unsuru ile devletin temsil ettiği bireylerden oluşan sosyal birlik kastedilmektedir. Millet, tek tek bireylerden oluşan sosyal gruptur. Devlet, millet sebebiyle mevcut olduğu için, millet olmadan bir devletten söz etmek mümkün değildir.

İslam hukukunda millet kavramını, devlete hukukî ve siyasî yönden bağlı vatandaşlar topluluğu biçiminde tanımlama imkânı mevcuttur. Medine Vesîkası'nın 2. maddesinde, 1. maddede kimler oldukları belirtilen müminler topluluğunun diğer insanlardan ayrı bir ümmet oldukları; 25. maddesinde ise, Yahudilerle müminlerin birlikte diğer insanlardan ayrı bir ümmet teşkil ettikleri karar altına almıştır. Vesîka'nın 25. maddesinde tanımlanan ümmet

kavramının vatandaşlar topluluğu anlamında bir millet kavramına karşılık geldiği anlaşılmaktadır.

Ayrıca İslam hukuk doktrininde vatandaşlarla yabancıları ayrı ayrı göstermek üzere bir kısım terimler geliştirilmiştir. İslam hukukunda Müslüman ve gayr-i müslim ayrımı yapılmaksızın devlete vatandaşlık bağı ile bağlı kişilerin tümü **ehlu dâri'l-İslam** ya da **ehlu dârinâ** terimleriyle; devletin gayr-i müslim vatandaşları ise, özel olarak, zimmet sözleşmesinin (**akdu'z-zimme**) tarafı anlamında **ehlu'z-zimme** terimiyle ifade edilmiştir. Tek bir gayr-i müslim vatandaşı göstermek için de zimmî terimi kullanılmaktadır.

İslam devleti vatandaşı olmayan ve İslam ülkesinde antlaşmalı olarak da bulunmayan yabancıları belirtmek üzere **ehlu dâri'l-harb**, İslam ülkesinde antlaşmalı/izinli olarak bulunan/ikamet eden yabancılardan her birini ifade etmek için ise **muste'men/muste'min** terimleri geliştirilmiştir

5.2. Devletin Ülke Unsuru

Kur'an-ı Kerim'de genel olarak yeryüzünün insanlara, özellikle inananlara yurt ve özel olarak da Medine'nin Müslümanlara yerleşim yeri/vatan/ ülke kılındığından bahsedilmekle birlikte (A'râf, 7/10, 74, 129; Yunus, 10/93; Yusuf, 12/21, 56; Nur, 24/55; Ahzâb, 33/27), doğal olarak, hukukî anlamında bir ülke tanımı bulunmaz. Sünnet'te ise, ülke kavramına ilişkin düzenleme ve uygulamalar açıkça tespit edilebilmektedir. Şöyle ki, Medine Vesîkası'nda Yesrib ve çevresi Hz. Peygamber'in kurduğu devletin ülkesi olarak tanımlanmıştır. Vesîka'nın 39. Maddesinde "Bu Sahife'nin gösterdiği kimseler için Yesrib Vadisi harâm (bir bölge) dır" (İbn Hişâm, I, 504; Ebü Ubeyd, 217) hükmü yer almaktadır. Ayrıca Hz. Peygamber'in Ka'b b. Mâlik'e hudut taşları diktirdiği ve ülke sınırlarının yazılı olarak da kayıt altına alındığı bilinmektedir.

Ülke kavramını ifade etmek için, İslam hukuk doktrininde **ed-dâr** terimi kullanılır. ed-Dâr, bir terim olarak, bir devletin yetki çevresini oluşturan ve onun hukuk düzenine tâbi olan yer anlamındadır. İslam hukukuna göre, bir yerin ülke sayılması hususunda oranın nispet edileceği egemen bir iradenin varlığı yeterli olup, kimin egemen olduğunun önemi yoktur (İbn Abidîn, III, 247).

İslam hukuk doktrininde ülkeler, oraları hukukî bakımdan ülke haline dönüştüren egemen iradenin niteliği dikkate alınarak iki kısma ayrılmaktadır. İslam hukuk düzeninin geçerli olduğu ülkeler **dâru'l-İslam** ve bunların dışındaki diğer ülkeler ise **dâru'l-harb** terimleri ile ifade edilmektedir.

Dâru'l-İslam, es-Serahsî (483/1090) tarafından, "İslam hâkimiyetinin geçerli olduğu ve yönetim yetkisinin Müslümanlara ait bulunduğu yer"; dâru'l-harb ise, "Şirk hâkimiyetinin bulunduğu ve yönetim yetkisinin müşriklerin elinde olduğu yer" biçiminde tanımlanmaktadır (el-Mebcut, X, 114). Görüleceği üzere bu tanımlarda ülkelerin taksiminde egemen iradenin niteliği bir ölçüt olarak almıştır. Dâru'l-İslam- dâru'l-harb ayrımında egemenliğin niteliğini temel ölçü alma hususunda İslam hukukçuları görüş birliği içindedirler. Dâru'l-İslamın hangi koşullar altında dâru'l-harbe dönüşmüş sayılacağı

hususunda ise, farklı yaklaşımlar açığa çıkmıştır. Çoğunluk, bir yerde İslam hukuk düzeninin (ahkâmü'l-İslam) artık geçerliliğini yitirmesini yeterli görmektedir. Ebu Hanîfe (v. 150/767) ve onun görüşüne katılan hanefî hukukçular ise, Dâru'l-İslamın dâru'l-harbe dönüşmüş sayılabilmesi için, egemen iradenin niteliğinin değişmesi yanında, orada yaşayan Müslüman ve gayr-i müslim vatandaşların can ve mal güvenliğinin kalmamış olması ile o yerin başka bir şirk ülkesine (dâru'l-harb) bitişik olmasını da şart koşmaktadırlar (es-Serahsî, 1971-1972, I, 251).

Şâfiî hukukçular ise, gayr-i müslimlerin Müslümanlara ait mal ve mülke istila yoluyla malik olamayacakları ilkesinden hareketle, Dâru'l-İslamın hiçbir koşulda dâru'l-harbe dönüşmeyeceği görüşünü benimsemişlerdir (İbn Hacer, VI, 350).

5.3. Devletin Egemenlik Unsuru

Egemenlik, devleti kuran iradî unsurdur. Devletten önce, bir insan topluluğunun millet ve bir yeryüzü parçasının ülke olarak nitelenebilmesi de egemen bir iradeye nispet edilebilmelerine bağlıdır. Buna göre egemenlik, bir yeryüzü parçasını sınırları belli bir ülkeye ve orada yaşayan insan topluluğunu millete dönüştüren, devleti ve devlet içindeki tüm kurumları oluşturup meşruiyet bahşeden; devletin anayasal ve yasal düzeyde pozitif hukukunun ve bu hukukun yürütülmesinin yetkisel kaynağını teşkil eden üstün irade biçiminde tanımlanabilir. Görüleceği üzere devletin bir unsuru olarak egemenliğin iki temel işlevi mevcuttur. Onlardan biri, bir devleti kurarak ona yetkilerini bahşetmek, diğeri de devlet yetkilerini kimin kullanacağını, yani siyasî iktidara kimin sahip olup devleti yöneteceğini tespit etmektir.

İslam hukukunda egemenliğin kaynağında ilahî irade bulunmaktadır. İlahî irade, egemenliği temsil etme yetkisini müslüman topluma bırakmıştır. Yani, Müslüman toplum egemenliği temsil etme hususunda tek başına ve bir bütün olarak yetkili kılınmıştır. Müslüman toplum, ilahî irade adına egemenliğin sahibidir. İslam hukukunda toplumun egemenliği soyut bir kişiliğe değil, kendisini oluşturan bireylerin tümünden oluşan gerçek varlığa dayanır. Topluma ait olan egemenlik, hukukun dışında ve üstünde değil, hukukî bir yetki mahiyetindedir.

İslam hukuku esas itibariyle iki temel kaynak olan Kitap ve Sünnet'in yorumlanmasıyla ortaya konmuş, bu iki kaynaktan aranan bir hükmün bulunmadığı durumlarda da icmâ, kıyas, sahâbe fetvası, istihsan, maslahat, örf gibi diğer kaynaklardan faydalanılmıştır. İlk iki kaynaktan bulunan hukukî esaslar devletin esas teşkilâtı ile ilgili olsun veya olmasın temel kanun, bir nevi anayasa veya temel prensipler görünümündedirler.

6. İslam Anayasa Esasları

6.1. İslam Devletin Temel Yapısı

Devlet Başkanı

İslam devlet teşkilâtı esas itibariyle devlet başkanına (halife, imam) dayanmaktadır. Zaman içinde vezâret ve divan gibi bazı yardımcı kurumlar ortaya çıkmışsa da bunlar bağımsız değil bizzat devlet başkanının iradesiyle kurulan ve ona bağımlı olan kurumlardır.

a) Vasıfları: Devlet başkanında bulunması gereken vasıflardan ilim, adalet, kifayet, duyu organlarının ve diğer uzuvlarının sağlıklı olması gibi hususlar üzerinde âlimler genellikle görüş birliğine varmışlardır. Duyu organlarının ve diğer uzuvlarının sağlıklı olmasından maksat, hilâfet görevini yürütmesine engel olacak sağırlık, dilsizlik, körlük, topallık gibi arızaların bulunmaması anlaşılmıştır. Bunların dışında halifede bulunması gereken bazı vasıflar daha vardır ki bunlar hukukçularla kelamcılarının ciddi görüş ayrılıklarına düşmesine sebep olmuştur. Bu vasıflardan biri halifenin Kureyş kabilesine mensup olmasıdır.

İlk dönem hukukçuları halifenin Kureyş'ten olacağı ve aynı anda iki halifenin bulunamayacağı konusunda tereddüt etmezken sonraki dönemin bazı hukukçuları halifenin Kureyş'ten olma şartına karşı müsamahakâr davranmaya başlamış ve özellikle Endülüs Emevî Devleti'nin ortaya çıkmasından sonra belirli şartlarla İslam ülkesinde iki devletin ve iki devlet başkanının bulunabileceğini kabul etmişlerdir.

Şîa'nın, devlet başkanlığını (imâmet) dinin rükünlerinden biri olarak kabul etmesi, ilk dönem siyasî olaylarının ardından ortaya çıkan dinî-siyasî fırkalar kelamcılarının da konu üzerinde durmalarına yol açmış ve dolayısıyla devlet başkanlığı çerçevesinde de olsa İslam anayasa esaslarının belirlenmesinde hukukçular kadar kelamcılar da rol oynamışlardır. Böylece yazılı bir anayasa metni olmamakla birlikte ilk asırların dinî, siyasî ve hukukî şartları çerçevesinde İslam anayasa esasları büyük çapta belirlenerek kelâm ve fıkıh kitapları içinde yer almaya başlamıştır.

İbn Haldun, halifenin Kureyş'ten olma şartını ve bu şartın dayanağı olan hadisi, Kureyş'in Hz. Peygamber döneminde sahip olduğu asabiyet ile izah etmeye çalışmıştır. Buna göre Müslümanların bir makama (hilâfet makamı) itirazsız bağlanabilmesi için o makamda bulunanların asabiyete sahip bir gruba dayanması gerekir. Başlangıçta Kureyş buna sahipti ve bu sebeple Hz. Peygamber ile Hulefâ-yi Râşidîn döneminde devlet başkanının Kureyş'ten olması istenmiştir. Bugün Kureyş bu durumunu kaybettiğine göre artık halifenin onlardan olması gerekli değildir. Bunun yerine halifenin Müslüman toplumların etrafında toparlanacağı güçlü bir asabiyete sahip kavim veya milletten olması gerekir (Mukaddime, II, 583-587).

Kısmen tartışmaya konu teşkil eden diğer bir vasıf da halifenin erkek olmasıdır. Hâricîler'in dışındaki mezhepler bu noktada görüş birliği halindedirler. Âlimlerin bu ictihadı, "Yönetimlerini kadına tevdi eden bir millet dirlik göremez." (Buhârî, "Megazî", 82; Tirmizî, "Fiten", 75; Nesâî, "Kudât", 8) meâlindeki hadise ve kadının namazda erkeklere imam olamayacağı esasına dayanmaktadır.

b) Seçilmesi: Hz. Peygamber'in ölümünden sonra Müslümanların karşılaştığı en önemli siyasî problem, onun yerine kimin ve hangi yolla geçeceği meselesi olmuştur. Benî Sâide çardağında toplanan Ensar başlangıçta Sa'd b. Ubâde'yi halife seçmek istemişse de toplantıya Hz. Ebû Bekir, Hz. Ömer ve Ebû Ubeyde'nin katılması üzerine seçim gerçekleşmemiş ve halifenin kim olacağı konusundaki uzun tartışmalardan sonra Hz. Ömer'in teklifi üzerine Ebû Bekir halife seçilmiştir. Hz. Peygamber'in ölümünden sonra

gerek Hz. Ebû Bekir'in gerekse ondan sonra gelen üç halifenin belirlenmesinde takip edilen usul, sonraki dönemin hukukçularına ışık tutmuş ve genellikle iki metodun belirlenmesine yardımcı olmuştur. Bunlardan biri, ilk halife Hz. Ebû Bekir'de olduğu gibi devlet başkanının seçimle iş başına gelmesi, ikincisi de mevcut halife tarafından yerine geçecek kimsenin bizzat tayin edilmesidir. Seçimin birinci yol olduğu konusunda Şiîler'in dışındaki âlimler arasında icmâa yakın bir görüş birliği vardır. Hatta Zeydî Şiîler bile seçimi benimsemekte, fakat seçilecek başkanın Ehl-i beyt'ten olmasını şart koşmaktadırlar.

İslam hukukçuları seçimin kimler tarafından yapılacağı, seçici heyetin (**ehlü'l-hal ve'l-akd, ehlü'l-ihitiyâr**) sayısı ve vasıfları konularında farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Devlet başkanının bütün şehirlerdeki ehlü'l-hal ve'l-akdin oylarının çoğunluğuyla seçileceğini söyleyenler olduğu gibi sadece hükümet merkezindekilerin seçime katılacağını, çoğunluğun şart olmayıp beş, üç ve hatta bir kişi tarafından bile seçilebileceğini ileri sürenler de olmuştur.

Seçici heyetin vasıflarına gelince, Mâverdî ve Ebû Ya'lâ el-Ferrâ gibi hukukçular bunun için adalet, ilim, rey ve tedbir (insiyatif) olmak üzere üç özelliği zaruri görmüşlerdir.

6.2. Devletin Yetkileri

Yetki, hukukî bir kişilik olarak devletin çeşitli işlevleri yerine getirebilme hususunda sahip olduğu kudreti göstermektedir. Devlet, sırf devlet olduğu için yetki sahibi değildir. Devletin sahip olduğu yetkiler, egemen iradede kaynaklanır. Devlet, egemen irade adına ve onu temsilen yetki kullanır ve devlet, sahip olduğu yetkileri itibariyle, ülkesi ve orada yaşayan insanlar üzerinde en üstün ve bağımsız bir konumdadır.

Devlet yetkilerini, devletin işlevlerini esas alarak yasama, yürütme ve yargılama biçiminde üçe tasnif etmek mümkündür.

6.2.1. Yasama Yetkisi

Yasama, devletin sağladığı yetkiye dayanarak toplumsal yaşamı düzenlemek amacıyla bağlayıcı ve maddî yaptırımla desteklenmiş hukuk kuralları koymak anlamındadır. Bu tanıma göre, hukuk kuralı koyma faaliyetinin bir yasama işlemi sayılabilmesi için, hukuk kuralım koyan organın devlet yetkisine sahip olması yanında, konulan kuralın da bağlayıcı (ilzâm edici) ve gerektiğinde başvurulmak üzere devlet kudretine dayalı maddî yaptırım araçlarıyla desteklenmiş olması gerekmektedir.

İslam'da hukuk, devletten öncedir. Hukukun devletten önce olması, şer'îlik niteliği gereği ve içerdiği değer yargıları nedeniyledir.

İslam devletinde yasama fonksiyonu esas itibariyle kanun koyucu (şâri') olan Allah ve Resulü'ne aittir. Müctehid hukukçuların bir hukuk kuralını belirlerken önce Kitap ve Sünnet'e başvurmaları, bunlarda açık bir hüküm bulunduğu takdirde onu dikkate alma mecburiyetinde olmaları (Mecelle, md. 14), yasama yetkisinin Allah ve Peygamber'ine ait olmasından dolayıdır.

Şüphe yok ki sınırsız hukukî olay ve ihtiyaçların sınırlı ayet ve hadislerin hükümleriyle doğrudan karşılanması mümkün değildir. Bu sebeple her müşahhas olayın hükmünün önce

ilk iki kaynaktan belirlenmesi, burada mevcut değilse belli esaslar çerçevesinde İslam hukukunun diğer kaynaklarından faydalanılarak tespit edilmesi zarureti doğmuştur. İşte İslam hukuku, müçtehit hukukçuların devletten bağımsız olarak yürüttükleri bu ilmî çalışmalarının sonucu ortaya çıkmıştır. Bu içtihat faaliyetlerinde devlet başkanının veya diğer bir kamu görevlisinin yahut da herhangi bir yasama organının rolü söz konusu olmamıştır. Ancak devlet başkanının da müçtehit bir hukukçu olması hali müstesnadır; bu durumda diğer müçtehit hukukçuların sahip olduğu yetkiye o da sahip olacaktır. İslam hukukunun teşekkül dönemlerinde metot ve yorum farklılıklarına bağlı olarak çeşitli mezheplerin ortaya çıkması da yine devletin bir rolü ve müdahalesi olmadan gerçekleşmiştir. Ne var ki devlet başkanının, İslam hukukunun düzenlememiş olduğu alanlarda bu hukukun genel yapısına ters düşmeyecek birtakım düzenlemeler yapması, kendi yetkisine bırakılan ta'zir cezalarını belirlemesi mümkündür. Nitekim İslam devletlerinde bu tür düzenlemelere oldukça sık rastlanmaktadır. Osmanlılar 'da devletin siyâsî ve idarî yapısı, mîrî arazi, vakıflar, vergiler ve ta'zir cezaları alanlarında yapılan düzenlemeler ve hazırlanan kanunlar buna örnek gösterilebilir. Bu tür düzenlemeler de bir anlamda yasama faaliyeti olarak kabul edilebilir. Ancak bu faaliyetler sırasında devlet başkanı sınırsız bir yetkiyi değil İslam hukukunun düzenlememiş olduğu alanlarda bu hukukun genel yapısına ters düşmeyecek bir şekilde düzenleme yetkisini, yani sınırlı bir yetkiyi kullanmaktadır.

Bu alandaki dikkate değer ilk örnek, Tanzimat döneminde hazırlanan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'dir. Her ne kadar İbnü'l-Mukaffa' tarafından Abbâsî Halifesi Mansûr'a, mahkemelerde istikrarsızlığa ve kargaşaya engel olmak amacıyla farklı içtihatlardan dilediğini resmî bir metin halinde toplaması tavsiye edilmiş ve halife tarafından da İmam Mâlik'ten böyle bir metin meydana getirilmesi istenmişse de bu teşebbüs, İmam Mâlik'in sünnetin henüz tedvîn edilmemiş olduğu, içtihatlarında hata edebileceği ve ayrıca resmî bir metnin hukukî hayatta gelişmeyi önleyeceği endişesiyle teklifi reddetmesi üzerine gerçekleşmemiştir. Benzer bir tedvîn teşebbüsü Bâbü Hükümdarı Evrengzîb Âlemgîr (1658-1707) tarafından da yapılmış, Hanefî içtihatlarının muteber olanları el-Fetâva'l-Hindiyye veya el-Âlemgîriyye adlı bir eserde toplanmıştır. Ne var ki bu faaliyet de bir kanunlaştırma değil devlet başkanının öncülük ettiği ilmî bir tedvin hareketidir. Hazırlanan metin resmî bir mahiyet almamış ve mahkemelerde uygulanması mecburi kılınmamıştır. Mecelle'nin açmış olduğu kanunlaştırma yolundan diğer İslam ülkeleri de yürümüş ve böylece İslam hukukunun belirli sahalarının kanunlaştırılması gerçekleşmiştir.

6.2.2. Yürütme Yetkisi

Hukuk kuralları ilke olarak soyut, objektif ve genel niteliktedir. Söz konusu kuralların uygulanması, "somut, bireysel ve olaya indirgenmiş" bir işlevi zorunlu kılmaktadır. Buna göre devletin kendisinin koyduğu hukuk kurallarını ilgili organları eliyle uygulamasına yürütme, ona ilişkin tekel haldeki kudretine de yürütme yetkisi denilmektedir.

İslam hukukunda da icra-idare ayırımına benzer biçimde **tefvîz vezâreti** ve **tenfiz vezâreti** ayırımı mevcuttur. Yürütme yetkisi, devlet başkanı (halife, imâm) adına tefvîz vezâreti

tarafından siyasî düzeyde; tenfîz vezâreti tarafından ise, teknik uygulama düzeyinde kullanılır (el-Mâverdî, 30-35; Ebü Ya'lâ, 29-32; İbn Cemâa, 77-78).

Yürütmenin İslam hukukunun klasik doktrininde tespit edilen işlevlerini dinî, siyasî ve idarî olarak tasnif etmek mümkündür. Yürütmenin dinî işlevleri arasında, dini herhangi bir bozulmaya mahal vermeden koruma, Allah yolunda cihâd etme, zekâtı toplayarak hak sahiplerine dağıtma ve namaz, oruç, hacc gibi dinin temel ibâdetlerinin toplumsal düzeyde yerine getirilmesi hususunda gerekli tedbirlerin alınması sayılabilir. Kanunların uygulanması, idarî teşkilatın kurulması, iç güvenliğin sağlanması, ülkenin savunulması ve mâlî yönetim de yürütmenin siyasî ve idarî işlevlerindedir (bk. el-Mâverdî, 22-23, 130-138, 139).

6.2.3. Yargılama Yetkisi

İslam hukukunda yargılama ve yargılama yetkisi **kazâ (kadâ')** terimi ile ifade edilmektedir. Doktrindeki genel kabule göre yargılamanın altı unsuru bulunmaktadır. Bunlar, hukm (hüküm), mahkümün bih (muddeâ bih-iddia), mahkûmun leh (lehine hükmedilen taraf), mahkûmun aleyh (aleyhine hükmedilen tarat), hâkim (yargılama etkisini kullanan organ-kâdî) ve tarik (muhâkeme usûlü) biçiminde sayılı maktadır.

İslam hukukunda kamusal ve özel tüm hukukî çekişmeler yargılama yetkisinin kapsamındadır. İslam hukukunda yargılama yetkisi devlet başkanına aittir. Hâkimler, yetkilerini devlet başkanından alırlar ve onun adına yargılama yaparlar (el-Mâverdî, 29; es-Semnânî, I, 72).

Yargılama yetkisinin kullanımı Kitâb ve Sünnet hükümleri ile icmâ gerçekleşmiş hükümlere aykırı olamaz. Ayrıca yargı kararları, ilke olarak, kurucu (**ihdâsî/musbit**) değil, açığa çıkarıcı/olanı gösterici (**ızhârî**) niteliktedir. Bu itibarla yargı kararları her zaman uhrevî sorumluluğu kaldırmayı garanti etmez.

İslam hukukunda tek hâkimli ve tek dereceli yargı sistemi söz konusudur. Toplu hâkim usulü özellikle Hanefiler'de teorik olarak mümkün görülmeyle birlikte (Mecelle, md. 1802) uygulamada çok az istisnasıyla tek hâkimli yargı egemen olmuştur. Bunun yanı sıra hâkime yardımcı olarak müftü vb. hukukçular var olmuş ve bunların bir kısmı da davanın görülmesi sırasında mahkemede hazır bulunmuştur. Ancak hüküm daima tek hâkim tarafından verilmiştir. Hâkimin yargı faaliyetinin zaman, mekân ve belirli konularla sınırlandırılabilmesi kabul edilmiştir (Mecelle, md. 1801). Bu anlayış hem hâkimin yargı alanının görev bakımından sınırlandırılmasına ve kadı mahkemeleri yanında mezâlim, şurta, hisbe gibi bazı özel mahkemelerin ortaya çıkmasına, hem de hâkimin belli bir mezheple hüküm vermek üzere görevlendirilmesine uygun bir hukukî zemin hazırlamıştır; aynı şekilde çağdaş İslam ülkelerinde İslam hukuku alanında bazı yeni düzenlemelerin yapılmasına da imkân vermiştir. İslam hukukunda yargı tek dereceli olarak kabul edilmiş, davanın aynı veya diğer bir hâkim tarafından yeniden (istînâfen) görülmesi kabul edilmemiştir. Bunun yerine ilgili hukuk kuralının olaya doğru uygulanıp uygulanmadığını kontrol için temyizen

incelenmesine izin verilmiştir. Meselâ Hz. Ömer'in her hac mevsiminde valiler ve hâkimler tarafından verilen idarî ve hukukî kararları tarafların isteği üzerine denetlediği bilinmektedir.

6.3. Devlet Yetkilerinin Kullanımı (Siyasî İktidarın Kullanılması): Hükümet

Siyasî iktidar, devlete ait olan yetkilerin (devlet kudreti) gerçek kişilerce belli hukukî sınırlar içinde kullanılmasıdır. Siyasî iktidar, tüm ülke ve toplum üzerinde geçerli, belli bir zaman dilimi içinde kullanılan bir yönetim yetkisidir. Hâlbuki devlet yetkileri, devamlı olup, devletteki sürekliliği temsil eder.

Klasik İslam hukuk doktrinde siyasî iktidar **âmme velâyeti (el-Vilâyetu'l-âmmе/el-velâyetu'l-âmmе)** terimi ile ifade edilmektedir. İslam hukukçuları velâyet-i âmmenin devlet başkanına ait, onun kişiliğinden değil (**el-vilâyetu't-tefvîdiyye/el-vilâye gayru'z-zâtiyye**), toplumdaki kaynaklanan, topluma vekâleten ve toplumu temsilen kullanılan genel bir yetki olduğunu açıkça tespit etmişlerdir.

İslam hukukunda **hükümet** kavramını ifade etmek için imâmet ve hilâfet terimleri kullanılmaktadır. Hükümet kavramına ilişkin tanımları, biri organsal (uzvî), diğeri de yetkisel (tasarrufî) olmak üzere iki kısımda tasnif etmek mümkündür. Hükümet (imâmet/hilâfet) kavramının, klasik doktrinde, devlet yetkilerini kullanan organ asıl alındığında, mesela, “Hz. Peygamber’e halef olarak, din ve dünya işlerinde genel başkanlık (riyâsetun âmmе)” (et-Taftâzânî, V, 234) biçiminde; hükümet etmek anlamı asıl alındığında ise, mesela, “müslümanlar üzerinde genel tasarrufta (tasarrufun âmm) bulunma yetkisi” (İbnu'l-Humâm, 253) biçiminde tanımlandığı görülmektedir. İlk tanımdaki genel başkanlık ile ikinci tanımdaki genel tasarrufta bulunma yetkisi ifadeleri arasında organ-yetki ilişkisi bağlamında bir uyum vardır. Çünkü İslam hukukunda devlet başkanı, devletin yasama, yürütme ve yargılama yetkilerini tek başına elinde tutan bir organdır. Diğer devlet organları yetkilerini devlet başkanından alırlar (el-Mâverdî, 29).

6.4. Temel Hak ve Hürriyetler

Temel hak ve hürriyetler dediğimiz zaman, insanların salt insan oldukları için sahip oldukları, devlet tarafından baştan tanınması gereken, ortadan kaldırılamayan, devir ve temellük edilemeyen, kişilerin kendilerinin dahi vazgeçemeyecekleri hakları kastediyoruz.

Temel hak ve hürriyetler içinde elbette ilk sırada yaşam hakkı bulunmaktadır. Yaşam hakkı, diğer tüm hakların varlık gerekçesi ve onlardan yararlanmanın zorunlu koşuludur. İslam hukukunda yaşam hakkı, hiçbir ayırım yapılmaksızın, tüm insanlar bakımından, sırf insan oldukları gerekçesiyle tanınmış ve korunması hususunda tedbirler alınmış, kadın erkek, hür-köle, zengin-fakir tüm toplum kesimlerini yaşam hakkı bakımından eşitlemiştir.

İslam hukuku insanların doğuştan özgür oldukları ilkesini tanımıştır. Bu itibarla mevcut olan kölelik düzenini ortadan kaldırma hususunda önemli dinî, ahlâkî ve hukukî tedbirler almıştır. Onların en önemlisi, köleliğin kaynağını sınırlaması ve hür kimselerin köleleştirilmesi uygulamasını kaldırmasıdır.

İslam hukuku yalnızca Müslümanlara değil, tüm insanlara din, vicdan ve düşünce hürriyeti tammiş, hatta gayr-i müslimlere kendi inançlarına düzenlenen alanlarda hukuk özerkliği öngörmüştür.

Bireylerin hak ve hürriyetlerinin sınırlı olduğunu özellikle kamu yararı ile sınırlandırıldığını söyleyebiliriz. Örneğin birey sahip olduğu evin mimari yapısı ile ilgili olarak balkon vs. hak ve özgürlüğe sahiptir. Ancak bu hakkını kullanırken özellikle evin kamuya ait olan sokak ve caddelerde insanların yolu rahatlıkla kullanma hakkına engel olmaması gerekir.

Bu gereklilik kamunun bireye öncelendiği anlayışından kaynaklanmaktadır. Yine temelde inanç hürriyeti kabul edilmekle beraber mürtedin cezalandırılması kamu zararı çerçevesinde değerlendirilmektedir.

Devletin dinî inanca zarar veren görüş ve bu görüş sahipleriyle mücadelesinde mürtetle veya bidatçiyle mücadelesi ve onları cezalandırabilmesi bu minvalde de değerlendirilebilir.

İslam hukuku mülkiyet hakkım en geniş biçimiyle tanımıştır. Mülkiyet hakkına mâlik olma bakımından kadın ve erkek arasındaki bütün farklılıkları kaldırmış, kadınlara da erkekler gibi malik olma ve mülkiyetinde tasarrufta bulunabilme yetkisi vermiştir.

7. Literatür

İslam devleti ilk asırdan itibaren İslam anayasa hukukunun problemleriyle karşı karşıya kalmış ve çeşitli ilim muhitlerinde bu meseleler derinliğine tartışılmış ise de bu tartışmaların ve ortaya çıkan esasların ilk dönemin fıkıh eserlerine o ölçüde yansıdığını söylemek güçtür. Bununla birlikte ilk hukukçular anayasa hukukunun en önemli meselesi olan devlet başkanlığına (imâmet) kısmen de olsa eserlerinde yer vermişlerdir. Konu ile ilgilenen ilk müellifin Zeyd b. Ali (ö. 122/740) olduğunu söylemek mümkündür. Müsnedü'l-İmâm Zeyd adıyla neşredilen el-Mecmû'l-fikhî adlı eserde kısa da olsa imâmet konusuna yer verildiği görülmektedir (s. 322-323). Zeyd b. Ali'nin konuyla ilgili olarak günümüze kadar gelmiş üç de risâlesi vardır (bk. Sezgin, I, 558-560). İmam Zeyd'in çağdaşı Evzâî'nin ve ayrıca Ebû Hanîfe'nin de aynı konuda eserler telif ettikleri kaynaklarda belirtilmekte ise de bunlar günümüze kadar gelmemiştir. Ebû Hanîfe'nin talebesi Ebû Yûsuf Kitâbü'l-Harâc adlı eserinde malî hukuk konularını işlemekle birlikte anayasa hukukunun bazı meselelerine de yer vermiştir. İmam Şâfî de fûrûa dair eseri el-Ümm'de namaz imamlığından bahsederken devlet başkanlığına da (el-imâmetü'l-uzmâ) temas etmiştir.

İmâmet üzerinde en çok eser verenler Şîiler olmuştur. İbnü'n-Nedîm kitabını yazdığı döneme kadar bu konuda Şîiler'den müstakil kitap veya risâle yazan yirmi kadar müellifin adını vermektedir (el-Fihrist, s. 223 vd.). Yine İbnü'n-Nedîm aynı dönemde Mu'tezile'den de kitap yazan çok sayıda kelamcıdan bahsetmektedir. Ehl-i sünnet kelamcılarının da gerek müstakil eserler halinde gerekse kelâm kitapları içinde imâmete tahsis ettikleri bölümlerle konu üzerinde mesai sarf ettikleri görülmektedir. Bunlar arasında Eş'arî'nin el-Lüma ve Makalâtü'l-İslamiyyîn, Bâkîllânî'nin et-Temhîd, Bağdâdî'nin Usûlü'd-dîn, İmâmü'l-Haremeyn el-Cüveynî'nin el-İrşâd ve özellikle el-Gıyâsî, Nesefî'nin Akâid, Nûreddin es-

Sâbûnî'nin el-Bidâye fî usûli'd-dîn, Adudüddin el-Îcî'nin el-Mevâkîf ve Cürcânî tarafından yapılan şerhi, Teftâzânî'nin Şerhu'l-Akâid adlı eserleri bu türün dikkate değer örneklerindedir.

Sonraki dönemin hukukçuları konuyu genel fıkıh eserleri içerisinde değil müstakil kitaplarda ele alıp incelemeyi tercih etmişlerdir. Bu türün dikkate değer ilk örnekleri, Şâfiî hukukçusu Mâverdî ile çağdaşı Hanbelî hukukçusu Ebû Ya'lâ el-Ferrâ'ya ait olan ve aynı adı taşıyan (el-Ahkâmü's-sultâniyye) eserlerdir. Her iki müellif de sadece devlet başkanlığını değil, anayasa hukukunun birçok meselesini ele almakta ve böylece bu sahayı belirli bir bütünlük içinde incelemektedir. Bu iki hukukçunun çağdaşı olan Zâhirî fakihi İbn Hazm ise sistematik hukuk eseri el-Muhallâ'da kısa da olsa müstakil bir imâmet bölümü açmakla dikkati çekmektedir.

Gazzâlî'nin de el-İktisâd fî'l-itikad, Nâsîhatü'l-mülûk ve Fedâihu'l-Bâtiniyye adlı eserlerinde anayasa hukukunun bazı problemlerine değişik açılardan bakış yaptığı görülmektedir. Fakihlerin konuyla ilgili çalışmaları arasında İbn Teymiyye'nin es-Siyâsetü's-şeriyye'si ile Minhâcü's-sünneti'n-nebeviyye'si de zikredilmelidir. Klasik dönemin eserlerinden İbn Haldûn'un Mukaddime'sinde dikkate değer yorumlar taşıyan geniş bir bölüm yer almıştır.

8. Özet

İslam hukukunun teşekkül dönemlerinde devlet tarafından kabul edilen ve yürürlüğe konulan resmî bir kanun metni mevcut olmadığı için serbest içtihatlarla oluşan hukuk kuralları fıkıh eserleri içerisinde yer almıştır. Fıkıhın tedvini dört halife döneminden sonradır. Resmî kanun metinleri XIX. yüzyıldan itibaren kanunlaştırma hareketleriyle ortaya çıkmıştır. Öte yandan İslam hukuk düzeninde devletin genel yapısını, organlarını, bunların işleyişini ve birbirleriyle ilişkilerini düzenleyen esaslar bulunmaktadır. Nitekim devlet başkanını seçme ve buna bağlı olarak İslam anayasa esaslarını belirleme yolundaki çabalar çok erken dönemlerden itibaren başlamıştır. Dört halife dönemindeki uygulamalar sonraki müçtehitlere ışık tutmuştur. İslam hukukçuları Kitap ve Sünnet'te yer alan ve daha çok genel prensipler niteliği taşıyan hukukî esaslar ile dört halife döneminin uygulamalarını göz önüne alarak İslam anayasa esaslarını ortaya koymaya çalışmışlardır. Bu esasların belirlenmesinde Hz. Osman döneminde yaşanan olaylar, Emeviler'in ve Abbâsîler'in siyasi idareyi ele geçirmeleri, müçtehitlerin yaşadıkları siyasî ortam, bağlı olunan mezhep görüşleri etkili olmuştur. Yine bu esaslar, müçtehitlerin içinde buldukları siyasî şartlar değiştikçe güncellenmiştir.

DEĞERLENDİRME SORULARI

1. Aşağıdakilerden hangisi Kur'an'da devlet/iktidar kavramına ilişkin olarak kullanılan kavramlardan biri değildir?

- A) Ümmet B) Velâyet C) Ulu'l-emr
D) İmâmet E) Riaset

2. Aşağıdakilerden hangisi Medine Vesikasında, taraflar arasında uyulması gereken maddeler arasında bulunmamaktadır?

- A) İktisadi yardımlaşma B) Devlet başkanının tayini
C) Kazai hükümlerin mercii D) Müşriklere karşı tutum
E) Savunma birliği

3. Aşağıdaki eserlerden hangisi imamete dair özel bölümler içermez?

- A) İbn Haldun-Mukaddime B) İmam Gazali – el-Munkiz
C) Ebu Yala – Ahkamu's-Sultaniyye D) İbn Hazm – Muhalla
E) Adudüddin el-İcî – el-Mevâkif

4. Devlet başkanının seçimiyle ilgili oluşturulan istişari gruba verilen isim aşağıdakilerden hangisidir?

- A) el-Velâyetu'l-âmmе B) Beyat
C) Ehlü'-hal ve'l-akd D) Vezaret
E) el-Velâyetu'l-hâssa

I. Ehlu dâri'l-İslam

II. Ehlu dârinâ

III. Ehlu'z-zimme

IV. Ehlu dâri'l-harb

V. Muste'men

5. Yukarıdaki kavramlardan kaç tanesi İslam ülkesinin vatandaşları için kullanılan isimlerdir?

- A) 1 B) 2 C) 3 D) 4 E) 5

İKİNCİ HAFTA

ÜNİTE II: SUÇ VE CEZA

HAD CEZALARI ve HAD CEZASINI GEREKTİREN SUÇLAR

KONULAR:

I. SUÇ VE CEZA

1. Suç Kavramı

1.1. Suçun Unsurları

1.2. Hukuka Aykırılığın Kalkması, Hukuka Uygunluk Sebepleri

2. Ceza Kavramı

2.1. Cezaların Çeşitleri

2.2. Cezaların Gayeleri

2.3. Ceza Hukukunun temel İlkeleri

2.4. Cezayı Düşüren veya Azaltan Sebepler

2.5. Ceza Hukukunda Şüphenin Etkisi

II. HAD CEZALARI

1. Haddin Tanımı ve Kapsamı

2. Özellikleri

III. HAD CEZASINI GEREKTİREN SUÇLAR

1. Hırsızlık

AMAÇLAR

1. Suç, ceza ve had kavramlarını açıklayabilmek

2. Bir fiile suç niteliği kazandıran unsurları örnekleriyle ifade edebilmek

3. Suçun niteliğine göre öngörülen cezaları tasnif edebilmek

4. Had cezalarının ayırt edici özelliklerini bilmek ve had gerektiren suçları açıklayabilmek

HAZIRLIK SORULARI

1. Suç ve ceza kavramlarının hangi kelimelerle ifade edildiğini araştırınız?

2. Bir fiile suç niteliği kazandıran unsurlar neler olabilir? Araştırınız.

3. Cezalandırmanın gayesi neler olabilir? Düşüncelerinizi yazınız.

4. Bazı suçların cezaları için “had” tabirinin kullanılmasının sebebi ne olabilir? Araştırınız.

I. SUÇ VE CEZA

1. Suç Kavramı

İnsan sosyal bir varlıktır. Bunun gereği olarak da toplum denen bir çevrenin içinde doğar ve hayatını sürdürür. İnsanların toplu halde yaşamaları ve ortak yaşamlarını sürdürebilmeleri, aralarında belirli bir düzenin varlığı ile mümkün olabilir. Bu düzen ve gereğidir ki insan, belli hak ve yükümlülüklerin sahibi olarak ve birtakım kurallara uyarak yaşar. Buna bağlı olarak insan kendi hak ve menfaatlerine tecavüz edildiğinde tepki gösterdiği gibi toplumun diğer fertlerine karşı yükümlülüklerini yerine getirmediğinde veya onların hak ve menfaatlerini ihlâl ettiğinde de tepki görür. İşte toplum hayatında kişilerin birbirleriyle ve toplumla olan ilişkilerini düzenleyen ve uyulması kamu gücüyle desteklenmiş olan toplumsal kurallar bütününe “hukuk” denir.

Genel olarak suç Arapçada *cerîme veya cinayet* kelimeleriyle ifade edilir. Cerîme sözlükte hoş olmayan ve çirkin görülen bir şeyi yapmak anlamındadır. Kelimenin terim anlamı ise yapıldığı takdirde ceza öngörülen, haram kılınmış bir fiili yapmak ya da yapılmaması durumunda ceza öngörülmüş olan bir fiili yapmamaktır. Sözlükte “ağaçtan meyve düşürmek” anlamına gelen cinayet ise, can ve beden hakkında kısas veya tazmini gerektirecek surette yapılan saldırı manasına geldiği gibi muahezeyi gerektiren herhangi bir masiyet, insanın hayatına, organlarına, malına, ırzına yönelik her türlü saldırı ve yasak fiil anlamlarına da gelmektedir. Suç kanun koyucunun insanlara bir hayat modeli olarak sunduğu hukuk nizamını oluşturan emir ve yasak normlarının ihlâlidir. Bu ihlâl karşılık olmak üzere yine kanun koyucu tarafından öngörülen müeyyideler bütününe de “ceza” adı verilir.

İslam Hukukunda suç, *Allah’ın had veya ta’zir ile cezalandırdığı yasaklar olarak tarif edilmiştir*. Suçlar, fiil ya da terk niteliğinde gerçekleşir. Şu hâlde suç, yapılması halinde ceza verilen yasak bir fiilin işlenmesi ya da terkinde ceza verilen bir fiilin yapılmasıdır. Suçun tanımından da anlaşıldığı üzere müspet veya menfi bir hareketin cezası olmadıkça suç sayılmaz. Bu prensipten hareketle günümüzde suç, “kanunun cezalandırdığı fiil” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanım bugünkü pozitif hukukun benimsediği “*kanunsuz suç olmaz*” prensibi ile uyum halindedir.

İslam Hukuku kaynaklarında ceza hukuku “Ukubat” kavramıyla ifade edilmektedir. Bu alana dair hükümler fûru fıkıh kaynaklarında “hudud, tazir, cinayât, kısas, diyât, ikrah cirah gibi bölümler altında yer almaktadır. Ayrıca el-Ahkamu’s-Sultaniyye, es-Siyasetü’ş-Şeriyye, haraç ve emval” kitaplarında da ceza hukukuyla ilgili malumata rastlamak mümkündür. Günümüzde ise modern İslam hukuku çalışmalarında “et-Teşri’ul-cinai, el-Cerime ve’l-Ukube” başlıklar altında özel bir litaretür oluşmuştur. Abdülkadir Udeh’in et-Teşri’ul-cinai ve Muhammed Ebu Zehra’nın el-Cerime ve’l-Ukube adlı eserleri modern dönem çalışmalarının en önemlileri arasında yer almaktadır.

1.1. Suçun Unsurları

Bütün suçlarda bulunması zorunlu olan genel unsurların yanı sıra, her suçun kendine ait unsurları da mevcuttur.

İslam Hukuku'nda suçun genel unsurları temelde üç ana başlık altında toplanır. Pozitif hukukta ise bu genel unsurlarla birlikte “hukuka aykırılık” başlığıyla ayrı bir unsur daha yer alır. Aslında her ne kadar teoride İslam Hukukunda böyle bir unsur yer almıyorsa da pratikte bu unsurun dikkate alındığı görülür.¹ Böylece suçun dört temel unsuru olduğu ortaya çıkmış olur.

1.1.1. Kanuni Unsur (Tipiklik)

İşlenen fiilin kanunda tarif edilen suç tipine uygun olması gerekir. Şayet işlenen fiil kanunda tanımlanmamışsa suç sayılmaz.

1.1.2. Maddi Unsur

Suçun mevcut olabilmesi için yapmak veya yapmamak (fiil-terk) şeklinde bir davranışın bulunması gerekir. Bu unsur sebebiyledir ki kişinin düşünce alemi, zihninde kaldığı sürece Ceza Hukuku sahası dışında kalır.

1.1.3. Manevi Unsur

Bir fiilin meydana gelmesi faile bağlıdır. Faili suçlu kabul edebilmek için onun kusurlu ve mesul bulunması gerekir. Mesuliyetin varlığından söz edebilmek için ise kişinin yaptığı iradi hareketi ile yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması gerekir. Kişinin bu ihmali onun hatalı hareket ettiğini ve dolayısıyla kusurlu davrandığını gösterir. Bu aynı zamanda failin manevi âlemi ve karakterinin de bir sonucudur. Bu özelliği ile manevi unsur suçun subjektif yanını ifade eder.

1.1.4. Hukuka Aykırılık

Ceza normu tarafından suç sayılan bir fiilin, başka bir hukuk normu tarafından işlenmesine izin verilmemesi durumudur. Çünkü fiili hukuka aykırı kabul edip suç sayan bir yasağa karşılık, aynı fiili bazı durum ve şartlarda mubah kabul eden bir ruhsat bulunabilir. Böylece fiil suç olma niteliğini kaybeder.

Ceza hukuku açısından düşünüldüğünde, insan bedenine, malına ve şahıs varlıklarına zarar veren bütün fiiller hukuka aykırı kabul edilmektedir. Ancak herhangi bir ceza normuyla suç sayılan bir fiilin, hukuka aykırı kabul edilebilmesi için başka bir hukuk prensibiyle işlenmesine izin verilmiş olmaması gerekir. Yani fiilin işlenmesi hukuken caiz olmamalıdır. Çünkü fiili hukuka aykırı kabul edip suç sayan bir kanun hükmüne karşılık, aynı fiili bazı durum ve şartlarda meşru sayan başka bir hukuk normu bulunabilir. Bu durumda fiil hukuka uygun hale gelir. Mesela adam öldürme fiili, kanunen suç sayılmıştır. İdam hükmünü yerine getiren infaz memuru da şeklen adam öldürmektedir. Ancak suç sayılan bu fiil “kanunun hükmünü icra” şeklinde başka bir kanun hükmü ile suç vasfını kaybetmiştir. Yani hukuka

¹ Mesela adam öldürmeyi yasaklayan ayetlere karşılık, failin hayatına son verilmesini meşru kılan ayetler (*İsra*, 17/33; *En'am*, 6/151; *Hucurat*, 49/9), aslında yasak olan öldürme fiilini hukuka uygun hale getirir.

aykırılık özelliğini yitirmiştir. Kısacası, suçun teşekkül edebilmesi için, fiilde kanunilik, maddi ve manevi unsurların bulunması ve buna karşılık onu hukuka uygun hale getiren sebeplerin ise bulunmaması gerekir.

Kanun tarafından suç sayıldığı halde, bazı şartları taşımaları sebebiyle hukuka uygun kabul edilen fiillerin mevcudiyetine bakmak İslam Hukuku'nun, hukuka aykırılık kavramına yabancı olmadığını daha önce belirtmiştik. Hukuka aykırılığın olmadığı yerlerde hukuka uygunluktan söz edilir. Fiilleri hukuka uygun kabul eden kaidelere klasik fıkıh doktrininde *ruhsat* denilmektedir.

Eylemlerin suç niteliğinin devamı için işlenmesine ruhsat tanıyan hiçbir hükmün bulunmaması gerekir. Aksi halde fiil mubah (hukuka uygun) hale dönüşür. Fiili yasak kapsamından çıkarıp mubah hale getiren istisnai bir hükmün mevcudiyeti, cezai sorumluluğu da ortadan kaldırdığı için konu çağdaş İslam Ceza Hukuku literatüründe “mubahlık sebepleri” veya “hukuka uygunluk sebepleri” başlığı altında incelenmektedir.

1.2. Hukuka Aykırılığın Kalkması, Hukuka Uygunluk Sebepleri

Hukuka aykırılık, hukuk kuralının çiğnenmesi anlamını taşır. Hukuk kuralının çiğnenmesi ise yalnız olumlu unsurların gerçekleşmesini değil, ayrıca olumsuz koşullardan birinin bulunmamasını da gerektirir. İşte hukuka uygunluk nedenleri de hukuk kuralının yasakladığı fiilin yapılmasına ya da emrettiği fiilin yapılmamasına ve dolayısıyla koruduğu değerlerin çiğnenmiş olmasına rağmen, davranışın hukuka aykırı olmasını engelleyen durumlardır. Söz konusu durumlar fiili suç olmaktan çıkarılırlar yani mubah hale getirirler. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran en önemli sebepler şunlardır:

1.2.1. Hakkın İcrası

Aslolan, hak sahibinin hakkını kullanıp kullanmayacağıdır. Kullandığında bir güçlük olmayacağı gibi, terk ettiğinde de bir ceza yoktur. Bu durumda hak, yapılması caiz olan, terk edilmesinde ceza gerekmeyen şeydir. Mesela çocuğunu terbiye maksadıyla tedip sınırlarını aşmadan hafifçe döven babanın bu fiili suç sayılmaz. Çünkü kanun koyucu buna izin vermektedir.²

1.2.2. Meşru Müdafaa

Hayata, mala, ırza ve namusa yapılan haksız tecavüzlere karşı savunma meşrudur. “*Kim sizin üzerinize saldırırsa siz de tıpkı onların size saldırdıkları gibi üzerlerine saldırın*”³ ayeti de haksız tecavüzü def etmenin meşruluğunu göstermektedir. Müdafaa'nın meşru olması için, haksız bir tecavüz olmalı, bu tecavüzü başka türlü def etme imkânı olmamalı, müdafaa saldırının sınırlarını aşmamalı ve tecavüz halihazırda mevcut olmalıdır. Bu şartlarla kendisinin veya başkasının can, mal, ırz ve namusu için mütecavizi öldürene bir şey gerekmez.

² Peygamberimiz (s.a.v.) 'in “Çocuklarınıza yedi yaşında iken namazı kılmalarını emrediniz. On yaşına geldiklerinde namaz kılmayı (ihmal ederlerse) dövinüz ve yataklarını ayırınız.” (Ebu Davud, Salat 25), hadisi babaya bu yetkiyi vermektedir.

³ Bakara 2/194.

1.2.3. İztırar Hali

Bir kimsenin bilerek sebebiyet vermediği bir tehlikeden kendisini veya başkasını kurtarma zorunluluğu karşısında, suç teşkil eden ve tehlikeyi uzaklaştırmaya yetecek ölçüde olan bir fiili işlemesi mecburiyetini doğuran bir durumdur. “Allah size ölüyü (leşi), kanı, domuz etini ve Allah’tan başkası adına kesileni haram kıldı. Her kim bunlardan yemeye mecbur kalırsa başkasının hakkına saldırmadan haddi aşmadan bir miktar yemesinde günah yoktur”⁴ ayeti, ıztırar durumunun meşruluğunu ifade etmektedir. Ancak ıztırar halinde ika edilen fiilin suç sayılmaması için zaruret başka yolla giderilmesi mümkün olmamalı, ölüm tehlikesi bulunmalı, ika edilen fiil zaruret miktarını aşmamalı, başkasını zor duruma sokmamalı ve başkasının ölümüne sebep olmamalıdır.

1.2.4. Vazifenin İfası

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir diğer sebep de vazifenin ifasıdır. Vazifenin ifası, geniş anlamda, “hakkın kullanılması” anlamına gelir. Bu durumda görevini yapan da neticede görevin kendisine tanıdığı bir hakkı kullanmaktadır. Ancak hakkın icrası ile görevin ifası arasında fark vardır. Hakkın icrasında, hak sahibi bu hakkını kullanmaya mecbur olmadığı halde, görevin ifasında kişi görevini yerine getirmeye mecburdur. *Demek oluyor ki hakkın kullanılmasında bir yetki, görevin yerine getirilmesinde ise bir yükümlülük vardır.* Bu yükümlülük, ya had veya ta’zir cezalarını infaz eden memurun durumunda olduğu gibi bir kanunun gereğini ifadan ya da işlenen fiilin konusu kamu menfaatini ilgilendiriyorsa devlet başkanının izninden kaynaklanır. Mesela bir yangın mahallinde daha büyük zarara mani olmak için, o mahallin yöneticisinin emrine istinaden birinin evi yıkılacak olursa, yıkımı gerçekleştiren kişilerin yapmış oldukları bu fiiller hukuka aykırı kabul edilmez.

2. Ceza Kavramı

Sözlükte isim olarak ceza; “bir şeyin bedeli ve karşılığı”, mastar olarak da “iyi veya kötü olan bir fiil ve davranışın tam ve yeterli karşılığını vermek” anlamına gelir. Terim olarak ceza, biri genel, diğeri özel olmak üzere başlıca iki anlamda kullanılır.

Genel anlamda ceza, dünyevî veya uhrevî mahiyette özendirici veya caydırıcı yaptırım demektir.

Özel anlamda ise dünyada hukuk düzeni tarafından suçluya uygulanacak maddi ve manevi yaptırımı ifade eder. Bu manadaki cezayı ifade etmek üzere Arap dilinde *ukûbet* ve *ikâb* kelimeleri kullanılmaktadır. Bazı bilginler bu iki terim arasında ayırma giderek dünyada uygulanan cezaya ukûbe, ahrette verilecek cezaya ise ikâb demektedirler. Modern ceza hukuku için de *el-fikhü’l-cinâî* veya *et-teşrîu’l-cinâî* terimleri kullanılmaktadır.

İslam ceza hukuku özel hükümleri klasik fıkıh eserlerinde *cinâyât*, *hudûd*, *kısâs*, *cirâh*, *dîyât*, *ta’zîr* gibi özel başlıklar altında dağınık olarak işlenmektedir. Ayrıca ceza hukuku konularının bir kısmı kamu ve idare hukuku alanında yazılmış bulunan Kitabü’l-harâc, el-Ahkamü’s-sultaniyye, es-Siyasetü’ş-şer’iyye, hisbe türündeki eserlerde de ele alınır. Klasik

⁴ Kur’an, Bakara 2/173.

fıkıh kitaplarında suç ve ceza konuları kara Avrupası hukuk sistemlerinde olduğu gibi genel teoriler şeklinde değil suç ve ceza türlerine göre meseleci (kazuistik) tarzda özel hükümler şeklinde işlenmiştir. Ancak gerekli olduğunda ceza hukuku genel hükümlerine de belli ölçüde temas edilmiştir. Modern dönemde ise İslam hukukçuları klasik fıkıh eserlerindeki bu malzemeyi kullanarak ve kara Avrupası hukuk sistematığı ve terminolojisinden de yararlanarak İslam ceza hukukunun genel esaslarını ortaya koymuşlardır. Çağımızda gerek İslam ceza hukukunun genel ve özel hükümleri, gerekse ceza muhakemeleri hukuku konularında birçok önemli ve nitelikli çalışmalar yapılmış bulunmaktadır.

2.1. Cezaların Çeşitleri

İslam hukukunda cezaî yaptırımlar çeşitli yönlerden farklı ayırımlara tabi tutulabilir.

2.1.1. Suçun İhlal Ettiği Hakkın Niteliğine Göre Cezalar

Cezalar suçun ihlal ettiği hakkın mahiyetine göre Allah-toplum haklarına yönelik cezalar ve kul (şahıs) haklarına yönelik cezalar şeklinde iki gruba ayrılabilir. Bunlar da kendi içinde daha detaylı gruplara ayrılabilir.

Burada Allah haklarından kasıt İslam'ın kurmuş olduğu kamu düzeni, kamuyu ilgilendiren haklardır. Bu tür suçların zararı belli bir kişiye değil, herkese dokunmaktadır. Aslında bütün suçların Allah haklarıyla ilgili bir yönü bulunmaktadır. Çünkü her suçta Allah ve peygamberi tarafından konulan özel bir hüküm veya genel bir esasın ihlal edilmesi söz konusudur. Bunun tam aksi de düşünülebilir. Çünkü suçların önemli bir kısmı doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bir şahsa zarar vermektedir. Bununla birlikte bazı suçlarda İslam kamu düzeni daha fazla ihlal edilmekte, diğer bazılarında ise şahıs hakları daha çok zarar görmektedir.

Fıkıh usulü âlimleri hakları dörde ayırmaktadırlar:

1. Halis Allah hakları,
2. Allah ve kul hakkı müşterek olup Allah hakkı baskın olanlar,
3. Allah ve kul hakkı müşterek olup kul hakkı baskın olanlar,
4. Halis kul hakları.

Had cezaları esas itibarıyla Allah haklarına yönelik cezalardır. Ancak bunlardan zina iftirası (kazif) hakkında görüş ayrılığı vardır. Çünkü kazif suçunda şahıs hakları da büyük ölçüde ihlal edilmektedir. Kısas cezaları da şahıs haklarına yönelik cezalardır. Tazir suç ve cezalarına gelince bunların içinde her iki hakka yönelik olanlar da vardır.

Suç ve cezaların bu şekilde ayrılmasının en önemli hukuki sonucu şudur:

* Allah haklarına yönelik cezalar mağdur tarafından affedilemezken, şahıs haklarına yönelik cezaların affedilmesi mümkündür.

* Genel olarak şahıs haklarına yönelik suç ve cezaların takibi şikâyete bağlı olduğu halde had suçlarının böyle değildir. Fakat kazf ve hırsızlık suçları had suçlarından sayılmakla birlikte bunlarda şahıs haklarını da ihlali söz konusu olduğu için bunların takibi de şikâyete bağlıdır.

2.1.2. Aslî Olup Olmaması Bakımından Cezalar

Cezalar, suçun doğrudan doğruya karşılığı olup olmamak bakımından aslî, bedel veya ek ceza olabilir.

Aslî cezalar: Kur'an ve Sünnet tarafından belirlenmiş olup suçun doğrudan doğruya karşılığı olan cezalara "aslî cezalar" denilir. Had ve kısas cezaları bu grupta yer alır.

Bedel cezalar: Asli cezanın infazı mümkün olmadığında onun yerine geçen cezalardır. Mesela kısasın infaz edilmediği durumlarda onun yerine geçen diyet cezası, bedel bir cezadır.

Ek cezalar: Hâkimin takdirine gerek kalmadan asli cezaya ilave olarak suçluya verilen cezalardır. Zina iftirasında bulunan kimseye seksen sopa vurulmasına ilave olarak bu kişinin şahitliğinin kabul edilmemesi, murisini öldüren varise verilen mirastan mahrumiyet cezası bu tür cezanın örnekleridir.

Tamamlayıcı cezalar: Hâkim tarafından ayrıca hükmedilmesi durumunda aslî cezaya ilave olarak suçluya verilmiş bulunan cezalardır. Bu cezaların ek cezalardan farkı şudur: Ek cezalar hâkimin takdirine ihtiyaç duyulmadan verilir iken tamamlayıcı cezalar sadece hâkimin takdiri ile verilebilmektedir. Hırsızın elinin kesilmesinin ardından mahkeme kararı ile kolunun boynuna asılarak dolaştırılması bu nitelikte bir cezadır. Yine zina ve yol kesme suçlarında hâkimin gerekli görmesi halinde suçluya verilen sürgün cezası da tamamlayıcı nitelikte bir cezadır. Ancak sürgün cezasının -yerinde görüleceği üzere- aslî bir tazir cezası olarak verilmesi de mümkündür.

2.1.3. Muhtevasına göre cezalar

Bedenî cezalar: Bunlar insan bedenine yönelik cezalardır. Kısas, recm, celde (dayak), idam bu tür cezalardandır. Bu cezalara tazir suçlarında da başvurulmaktadır. Osmanlı uygulamasında görülen yüzün karalanması, sakalın kesilmesi, bir organın dağlanması da bedeni cezaların örneklerindedir.

Psikolojik Cezalar: Bunlar suçlunun bedeninde değil, ruhunda elem doğuran cezalar olup daha çok hafif tazir suçlarında uygulanmaktadır. Kınama, suçluyu teşhir etme, öğüt verme, suçluyu yalnızlığa terk etme gibi cezalar bu türdendir.

Hürriyeti kısıtlayıcı cezalar: Bunun en tipik örneği hapis cezalarıdır. İslam hukukçularının bir kısmı sürgün cezasını da toplumdaki sürgün yani hapis cezası olarak anlamaktadırlar. İslam hukuk doktrininde cezai bir yaptırım olarak hapis müessesesi kabul edilmekle birlikte çok uzun süreli hapis cezalarına pek sıcak bakılmamış, bunun yerine suçu önlemede ve suçluyu eğitme ve ıslah etmede daha etkili olacağı düşünülen bedeni cezalara ağırlık verilmiştir.

Mali cezalar: Had suçlarında herhangi bir mali ceza öngörülmemiştir. Kısası gerektirdiği halde kısas uygulanamayan hallerde veya hata ya da kasıt benzeri adam öldürmelerde gerekli olan diyet mali bir ceza olarak kabul edilebilir. Ancak diyet bir ceza değil, daha çok bir tazminat olarak kabul edilmektedir. Zihâr ve oruç kefaretlarini de bir tür mali cezalar olarak değerlendirmek mümkündür. Tazir suçlarında ise mali cezaların özellikle de para cezalarının

mümkün olup olmadığı fıkıh doktrininde tartışmalıdır. Ebu Yusuf bu tür cezaların mümkün olduğunu söylerken diğer birçok fıkıh bilgini genelde bu tür cezalara olumsuz yaklaşmaktadır. Bunun sebebi mali cezaların suistimal edilmesi ve haksız yere kişilerin malvarlıklarına el konulmasına vesile yapılması endişesidir.

Bununla birlikte Osmanlı uygulamasında birçok tazir suçu için para cezaları öngörülmüş ve bunların miktarları suç türlerine göre kanunnamelerde belirlenmiştir. Ayrıca fıkıh tarihinde çeşitli sebeplerle müsadere, yani kişilerin mallarına devlet tarafından el konulmasının örneklerine de rastlanmaktadır. Mesela Hz. Peygamber'in zekatını vermeyen kimsenin malının yarısına el koyduğu rivayet edilmektedir. Hz. Ömer'in hileli mal satan kimselerin mallarına el koyduğu kaynaklarda yer almaktadır. Daha sonraki dönemlerde özellikle Osmanlı döneminde zimmetine devlet malı geçirenlere karşı müsadere cezasının uygulandığı görülmüştür.

2.1.4. Şâri' tarafından belirlenip belirlenmediğine göre cezalar

Fıkıhta Şâri' (Allah ve Resülü) tarafından belirlenmiş cezalara geniş anlamda had cezaları denir. Bu açıdan kısas cezaları da had cezaları kapsamına girmektedir. Çünkü kısas cezaları da Şâri tarafından belirlenmiştir. Fakat fıkıh literatüründe had daha çok dar anlamda kullanılmaktadır. Dar anlamıyla had ise Şâri' tarafından belirlenen ve Allah haklarına yönelik bulunan cezaları ifade etmektedir. *Hırsızlık, yol kesme, zina, zina iftirası, şarap içme cezaları bunlara örnektir.* Kısas cezalarında ise Allah haklarına yönelik bir tecavüz bulunmakla birlikte şahıs haklarıyla ilgili yönü daha baskındır. Adam öldürme ve yaralama suçlarına verilen cezalar bu niteliktedir. Allah ve Resülü tarafından belirlenmemiş, düzenlenmesi devlet başkanına veya hâkime bırakılmış cezalara ise tazir cezaları denilmektedir. Bunların içerisinde Allah haklarına yönelik olanlar bulunduğu gibi şahıs haklarına yönelik olanlar da vardır. Had ve kısas cezaları sınırlı sayıda iken tazir cezaları belirli bir sayı ile sınırlı değildir. Klasik fıkıhta cezalar için en fazla yerleşmiş bulunan ayırım suçun çeşidini de dikkate alan *had, kısas ve tazir* şeklinde yapılan bu üçlü ayırımdır. Biz de bu çalışmada ceza hukuku konularını bu üçlü ayırım temelinde ele alacağız.

Cezaların bu şekilde ayrılmasının bazı sonuçları vardır. Bunları kısaca şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Had ve kısas cezaları tek ve sabit cezalardır. Bunlarda hâkimin takdir hakkını kullanabileceği bir alt ve üst sınır yoktur. Tazir suçlarında ise böyle tek ve sabit bir ceza şart değildir. Hâkim suçun ve suçlunun durumuna göre takdir hakkını kullanabilir.

2. Had suçları Allah haklarına yönelik olduğu için takibi şikâyete bağlı değildir; bir şikâyet olmasa bile resen soruşturulur. Şahıs haklarına yönelik tarafı ağır basan kısas suçlarının ise takibi şikâyete bağlı kılınmıştır. Fakat zina iftirası (kazf) ve hırsızlık had suçları olmalarına rağmen bu hükümden istisna edilmiştir.

3. Had cezalarında mağdurun veya devlet başkanının suçluyu affetmesi sonucu etkilemez. Kısas suçlarında ise mağdurun veya belli yakınlarının suçluyu affetmesi cezayı ya tamamen

ortadan kaldırmakta veya hafifletmekte ve türünü değiştirmektedir. Tazir suçlarında ise şartlara göre mağdurun veya devlet başkanının suçluyu affetmesi etkili olmaktadır.

4. Had ve kısas suçlarında hafifletici sebepler dikkate alınmazken, tazir suçlarında bunlar dikkate alınabilir.

5. Zamanaşımını had suçlarında geçerli, kısas suçlarında geçerli değildir.

2.2. Cezaların Gayeleri

İslam hukukunda cezaların gayesi insanları korkutup onlara eziyet etmek veya intikam ve işkence etmek değildir. Kur'an ve Sünnet'in belirlediği cezalar sonuç olarak İslam'ın korumayı esas aldığı beş temel değer olan din, can, akıl, ırz ve malın korunmasını, insanların genel ve özel yararını bir denge içinde gözetmeyi gaye edinir. Bu cezalar İslam'ın kötülüğü önleyip iyiliği hâkim kılmaya ilke ve gayretinin bir parçasıdır. Ancak İslam dini suçun işlenmesinin en aza ineceği bir hayat ve toplum düzeni kurmaya, kötülüğün işlenmesini ve aleniyet kazanmasını önlemeye daha çok önem verir. Bu sebeple de getirdiği dini ve ahlaki sistem, işlenen suçun cezalandırılmasından çok o suçu işlemeyi kolaylaştıran sebepleri ortadan kaldırmayı hedef alır. Cezalar ise hukuki planda zecrî tedbirlerdir. Cezalandırma amaç değil, İslam'ın hedef aldığı gayelerin gerçekleşmesi ve korunmasında son çare olarak başvurulan bir araçtır. Bir diğer ifadeyle İslamiyet başkalarının haklarını çiğnemekten alıkoyacak diğer bütün önlemlerin yetersiz kalması durumunda cezalandırma yöntemini kullanır.

Cezalandırmanın amacı, genelde suçun aleniyet kazanıp yayılmasına engel olarak toplumsal vicdanı ve yapıyı korumak, özelde ise suçu önlemek, suçluyu uslandırmak ve ıslah etmektir. Bu yüzden suçluya verilecek ceza toplumun hukukunu ve ortak değerlerini koruyacak, suçun işlenmesine ve tekrarına engel olacak, suçluyu uslandıracak, kamu vicdanını tatmin edip mağdurun intikam hissini dindirecek miktar ve şekilde olmalıdır. Bu çerçevede verilen ceza ilahî adalet ve rahmetin bir parçasını oluşturur. Nitekim Kur'an-ı Kerim'de "*kısasta hayat olduğu*" (Bakara 2/179), bildirilmiş Hz. Peygamber de "*Allah'ın koyduğu cezalardan birinin infazının yeryüzüne kırk sabah yağmur yağmasından daha hayırlı olduğunu*" (İbn Mâce, Hudûd, 3) söylemiştir.

İnsanların suçluya acımada veya onu cezalandırmada aşırılığa kaçmaması ve mevcut şartlardan etkilenmemesi için toplumu ve mağdurun hukukunu birinci derecede ilgilendiren had ve kısas cezaları naslarla belirlenmiştir. Kur'an'da zina edenlere 100 sopa vurulması emredildikten sonra "*Allah'ın dini (hükümünü infaz) konusunda suçluya karşı merhametli davranmayın*" (Nûr 24/21) buyurması olayın sadece suçlu açısından değerlendirilmediğini göstermektedir.

2.3. Ceza Hukukunun temel İlkeleri

2.3.1. Kanunilik

Kanunilik, ancak kanunda belirtilen fiillerin suç sayılması ve bu fiillere ancak kanunda belirtilen cezaların verilmesi demektir. İslam ceza hukukunda cezaları bu bakımdan iki

grupta ele almak mümkündür. Birinci grupta had ve kısas suçları, ikinci grupta ise tazir suçları yer almaktadır.

2.3.2. Şahsilik

Kur'an-ı Kerime'de değişik vesilelerle herkesin yaptığı şeyin kendisine etki edeceği ve hiçbir mükellefin başkasının işlediği suçun sorumluluğunu taşımayacağı şöyle ifade edilmektedir: “*Hiçbir günahkâr başka bir günahkârın günah yükünü yüklenmez.*” (En'âm 6/164). Hz. Peygamber de her suçlunun ancak kendi aleyhine bir fiil işlemiş olacağını (İbn Mace, Diyat” 26), babanın suçundan evladının, oğlun suçundan babanın ceza görmeyeceğini bildirmiştir (Ebu Davûd, “Diyat”, 2; İbn Mâce, “Diyat”, 23). Bütün bunlar İslam hukukunda cezada kolektif sorumluluk değil, şahsilik ilkesinin egemen olduğunu göstermektedir. Ancak bu ilkenin önemli iki istisnası söz konusudur. Bunlar *âkile ve kasâme* müesseseleridir. Her ikisinde de diyet ödeme yükü suç ve suçlu ile zayıf da olsa ilgisi bulunan belli bir zümreye dağıtılmaktadır. Bu şekilde hem toplumda sosyal denetimin yerleştirilmiş olmakta, hem de maktûlün kanının heder olması önlenmektedir.

2.3.3. Genellik

İslam ceza hukukunda cezanın şahıslar bakımından genelliği, yani kanun karşısında herkesin eşitliği ilkesi egemendir. Bu bakımdan hiçbir şahsa veya zümreye ilke olarak dokunulmazlık veya ayrıcalık tanınmamıştır. İslam başlangıçtan itibaren bütün insanların eşit olduğunu, üstünlüğün ancak takvada bulunduğunu (Hucurât, 49/13), takvanın ise ancak adaleti sağlamakla gerçekleşeceğini belirtmiştir (el-Maide, 5/8). Hz. Peygamber ve sahabe dönemi bu çizgideki uygulama örnekleriyle doludur. Nitekim Hz. Peygamber, hırsızlık yapan soylu bir kadının affedilmesi yönünde ashaptan gelen bir talebi şiddetle reddetmiş ve geçmiş milletlerin mahvolmasının başlıca sebeplerinden birinin bu ayırım olduğunu söylemiştir (bk. Buharî, “Hudûd, 11-12; Ebu Davûd, “Hudûd”, 4).

Genel ilke bu olmakla birlikte İslam ceza hukukunda özelliği olan bazı kişi ve gruplarla ilgili birtakım farklı uygulamaların mevcut olduğu da bir gerçektir. Bunlardan birisi devlet başkanıyla ilgilidir. Hanefiler devlet başkanı Allah haklarına yönelik olan had suçlarından dolayı yargılanamaz ve cezalandırılmaz. Adam öldürme ve yaralama gibi şahıs haklarına yönelik olup kısas ve diyet cezası gerektiren suçlarda ise devlet başkanının bir dokunulmazlığı yoktur.

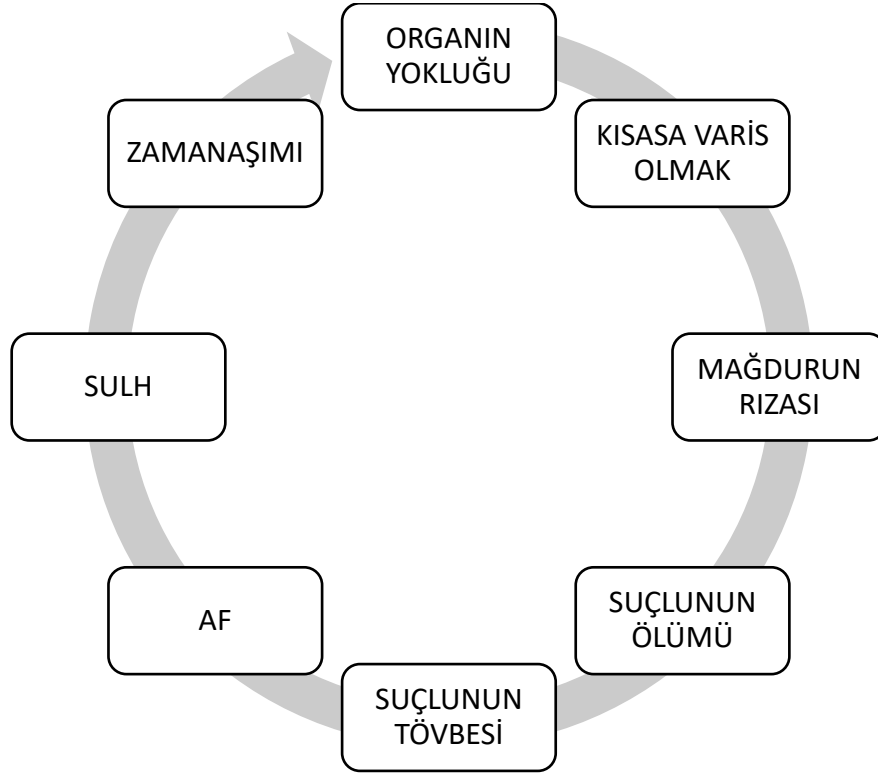
Genellik ilkesinin istisnalarından biri de gayrimüslimlerle ilgilidir. Cezalar kamu düzeni için gerekli olduğu için İslam ülkesinde yaşayan, bu ülkenin vatandaşı olan veya olmayan gayrimüslimlere de (zimmî veya müste'men) aynı şekilde uygulanır. Şu kadar ki, Ebu Hanife şarap içme /sarhoşluk suçu bakımından zimmiler için bir istisna getirmekte ve bu fiillerin zimmiler tarafından yapılması durumunda had suçunun işlenmiş sayılmayacağını söylemektedir. Çünkü bu fiil onların dinine göre bir suç teşkil etmemektedir.

Köleler de ceza hukuku bakımından bazı farklı muamelelere tabidir. Bazı suçlarda kölelere hür kişilere verilen cezanın yarısı uygulanır. Evli kölenin zinası muhsan olmadıkları

için recm ile değil, hürlerden daha hafif bir ceza ile cezalandırılır. Buna karşılık kölenin öldürülmesi ve yaralanması halinde faile kısas değil, diyet ve tazir cezası uygulanır.

2.4. Cezayı Düşüren veya Azaltan Sebepler

Bazı durumlar suçun oluşmasına engel olamasa bile faile ceza verilmesine engel olabilir veya cezayı hafifletebilir. Ceza hukukunda bu durumlara cezayı düşüren sebepler veya haller denir. Mağdurun rızası, af, tövbe ve zamanaşımı bunlardandır.



2.4.1. Organın Yokluğu

Müessir fiillerde kısas yapılması söz konusu olmuş ise ve suçlunun bu organı yok ise zorunlu olarak cezanın mahiyeti değişir. Şöyle ki, failin suçu işlediği sırada mağdurun yok ettiği organına karşılık kendisinin aynı organının bulunmaması ya da mevcut olan organının daha sonra üçüncü şahsın haksız tecavüzü, tabî âfet veya hastalık sonucu yok olması durumunda kısas düşer. Bu durumda diyetin de düşüp düşmeyeceği doktrinde ihtilaf konusudur.

2.4.2. Kısasa Varis Olmak

Kısasın uygulanabilmesi için mağdurla fail arasında usul-fürû ilişkisi olmaması gerekir. Doktrinde bu şart sadece usul açısından dikkate alınmıştır. Kasten fürûunu, mesela oğlunu öldüren usule kısas öngörülmemekte, buna karşılık aynı suçun usule mesela babaya karşı işlenmesi kısas gerektirmektedir. Ancak İmam Mâlik adam öldürmede, öldürme kastının

şüphe doğurmayacak kadar açık olması durumunda öldürdüğü çocuğuna karşı ana babanın da kısas edilebileceği kanaatindedir.

2.4.3. Mağdurun Rızası

Kural olarak cezayı düşüren ve failden tazmin mükellefiyetini kaldıran sebeplerden biri de zarar görenin izni ve rızasıdır.

Kişilerin sahip oldukları haklar üzerinde sınırsız tasarruf yetkileri yoktur. Üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen mal varlığı haklarının yanı sıra insanların tasarruflarının sınırlı tutulduğu şahsiyet haklarının varlığı da gözden uzak tutulmamalıdır. İşte mağdurun rızası deyince, kişilerin üzerinde tasarrufa yetkili buldukları haklarının kullanılması için karşı tarafa izin vermesi kastedilmektedir. Böylece başlangıçta işlenmesi yasak olan bir fiil, daha sonra hak sahibinin izni dolayısıyla suç olma niteliğini kaybetmiş olmaktadır. Sahibinin iznine binaen malı alan bir kimsenin hırsız sayılamayacağı bu esasa dayanır. Bu durumda mağdurun rızası adeta bir kimsenin kendi aleyhine suç işlemesini ifade etmektedir. Öyleyse nasıl ki kişinin kendi aleyhine suç işlemesi cezalandırılmıyorsa razı olana karşı suç işlenmesi de bu bağlamda suç sayılmaz.

2.4.4. Suçlunun Ölümü ya da Cezaî Ehliyetinin Düşmesi

Suçlunun ölümü bedenî ve şahsî cezaları düşürür ancak malî cezaları düşürmez, terekesinden bu miktar ödenir. Suç işlendiği sırada veya yargılanmadan önce mevcut olan akıl hastalığı (cünûn) yahut bunaklık (ateh) gibi sebepler failin yargılanmasına engel teşkil ettiği gibi kısas hükmünden sonra ortaya çıkan akıl hastalığı da kısas hükmünün infazına engel teşkil eder.

2.4.5. Suçlunun Tövbe Etmesi

Tövbe, suçlunun Allah katındaki durumunu iyileştirebileceği gibi Allah'ın kabulüne bağlı olarak suçun uhrevi cezasını da kaldırabilir. Fakat tövbenin dünyevi cezaya etkisi tartışmalıdır. Bu konudaki görüşler kısaca şöyledir:

1. Suç mahkemeye intikal ettikten sonra suçlunun pişman olması ve tövbe etmesi verilecek cezayı etkilemez.

2. Tövbe kul hakkının ağır bastığı kısas ve diyet ve diğer mali ceza ve tazminatları düşürmez.

3. Maide Suresi 34. ayeti hirâbe (yol kesme, anarşi) suçunda suçlunun yakalanmadan önce kendi isteğiyle teslim olması halinde Allah hakkının düşeceğini bildirir. Bu yüzden tövbenin bu suçun cezasını düşürdüğünde görüş birliği vardır.

4. İrtidat suçunda da tövbe cezayı ittifakla düşürür.

5. Zina iftirası (kazf) suçunda iftiraya uğrayanın şahsi hakkı sebebiyle suçlunun tövbesi hangi aşamada olursa olsun cezayı etkilemez.

6. Diğer hadlerde ise Şafîî, Hanbelî ve Zahirîler, suçlunun mahkemeye sevk edilmeden önce tövbe etmesinin haddi düşüreceği, ancak suçu ikinci defa işlemesi halinde tövbesine bakılmaksızın haddin uygulanacağı görüşündedirler. Hanefîler, Malikîler ve bazı Şafîîler tövbenin kural olarak hadleri düşürmeyeceği görüşünü benimsemişlerdir. Ancak Hanefîlerin

çoğunluğu hırsızın yakalanmadan önce çaldığı malı iade edip tövbe etmesinin haddi düşüreceğini kabul etmektedirler.

2.4.6. Af ve sulh

Af genel anlamda bir cezayı düşüren sebep olmasa da bazı suçlarda cezayı düşürücü bir etkiye sahiptir. İlke olarak şahıs haklarına yönelik cezalar afa düşerken, Allah haklarına yönelik cezalar düşmez. Kısas ve diyet cezaları afa veya anlaşma ile ortadan kalkar. Bu suçlarda af yetkisi sağ ise bizzat mağdura, değilse belirli derecedeki yakınlarına aittir. Hadlerde ise toplum hakkı esas olduğundan kural olarak af ve sulh söz konusu değildir. Ancak hırsızlık ve zina iftirası (kazf) suçlarında mağdurunu şahsi hakkı da söz konusu olduğundan hem cezanın verilmesinde mağdurun davacı olması şartı aranmakta hem de suç mahkemeye intikal etmeden önce mağdura suçluyu affetme yetkisi tanınmaktadır. Hatta Şafîî ve Hanbelî mezhepleri zina iftirasında cezaya hükmedildikten sonra bile mağdura suçluyu affetme yetkisi tanımaktadırlar. Şahıs haklarının ihlal edildiği tazir suçlarında da mağdur suçluyu affedebilir. Devlet başkanının veya kanun koyucunun kısas ve had cezalarını af yetkisi bulunmamakla birlikte tazir cezalarını af yetkisi vardır.

2.4.7. Zamanaşımı

Zamanaşımının cezaya etkisi konusunda fakihlerin ana eğilim olarak iki gruba ayrıldıkları görülür. Fakihlerin çoğunluğu ile Hanefilerden Züfer tazir dışındaki cezalarda zamanaşımının söz konusu olmayacağı görüşünü benimsemişlerdir. Hanefilerin çoğunluğu ise genelde kul hakkının galip veya dikkate değer oranda mevcut olduğu kısas, diyet ve kazf cezasının zamanaşımına uğramayacağını, diğer hadlerde ve tazir cezasında ise bunun söz konusu olabileceğini kabul etmişlerdir. Ancak cezayı düşürücü zamanaşımının süresi konusunda farklı görüşleri sürmüşlerdir.

2.5. Ceza Hukukunda Şüphenin Etkisi

Hz. Peygamber'in "*Şüphede durumunda ve imkân ölçüsünde hadlerin düşürülmesi*" yönündeki tavsiyeleri (Tirmizi, "Hudûd" 2) ile bazı sahabilerin bu yöndeki ifade ve uygulamaları İslam ceza hukukunda "*şüpheden sanığın yararlanması*" ilkesinin yerleşmesini ve hadlerle ilgili oldukça ileri bir şüphe doktrininin gelişmesini sağlamıştır.

Klasik doktrinde bu ilke İslam ceza hukukunda cezaların klasik üçlü ayırımı çerçevesinde had ve kısas cezaları için öngörülmüş, tür ve miktarları naslarla sabit olmayıp takdirî müçtehitlere ve yargıya bırakılan ta'zir cezalarında bu ilke geçerli sayılmamıştır. Özellikle had cezaları bir hayli ağır bedeni cezalar olmaları, bölünme ve bedel kabul etmemeleri ve bu yüzden çok defa telafisi imkânsız etki ve sonuçlar doğurmaları sebebiyle suçun teşekkülünde, maddi ve manevi unsurlarında, ispatında ve infazında herhangi bir şüphenin bulunmaması esas kabul edilmiştir.

II. HAD CEZALARI

1. Haddin Tanımı ve Kapsamı

"Had" kelimesi sözlükte "engel olmak, iki şeyin arasını ayırmak, bir nesnenin uç ve kenar kısmı, sınır, tanım" gibi anlamlara gelir. Çoğulu "hudûd" şeklindedir. Fıkıhta ise *Allah hakkı*

olarak yerine getirilmesi gereken, miktar ve keyfiyeti naslarla belirlenmiş cezaî yaptırımları ifade etmek için kullanılan bir terimdir. Tanımdan da anlaşılacağı gibi had, suçun değil, ona uygulanacak cezanın adıdır. Fakat klasik fıkıh kitaplarında bu kavram, yerine göre hem suç, hem de ceza anlamında kullanılmıştır. Bu tip suçlar toplumsal yönü ağırlıklı olan hak ve menfaatleri ihlal ettiği için, tanımdaki “Allah Hakkı” ibaresi, toplumun hakkı olarak yorumlanmaktadır.

Buna göre had suçlarını en geniş kapsamıyla ele alanlar yedi adet had suçu sayarlar: Zina, kazf, hırsızlık, sarhoşluk, eşkiyalık (hirâbe), irtidat ve isyan (bağy). İrtidat ve isyan (bağy) suçlarıyla ilgili tartışmalar sebebiyle çağdaş İslam hukukçularının önemli bir kısmı had suçlarını zina, kazf, hırsızlık, sarhoşluk ve eşkiyalık şeklinde beş temel suçla, had cezalarını da bunların içinde Kur’an ve Sünnet’te belirlenen cezalarla sınırlandırma eğilimindedirler. Bu yaklaşım Hanefilerin konuyu ele alış biçimine ve genel çizgisine uygun düşmektedir.

2. Özellikleri

Bu suçlar ister zina, kazf, hırsızlık, sarhoşluk (içki içme), eşkiyalık gibi doğrudan şahsa ait bir hak ve menfaati ihlal etsin, isterse irtidat veya bağy’de olduğu gibi devlet ve toplum düzenine karşı işlenmiş olsun, her ikisinde de suç, toplum düzenini ağır şekilde ihlal ettiği için, suçun birinci derecede mağdurunun toplum adına devlet olduğu kabul edilmekte ve verilecek ceza ile de bu toplumsal zararın tamir ve telafisi amaçlanmaktadır. Bu yüzden had suç ve cezaları gerek kısas ve diyete gerekse tazir suç ve cezalarına göre bazı özellikler taşır.

Ana hatlarıyla belirtmek gerekirse;

- Hadlerde hâkim kendi bilgisine dayanarak hüküm veremez. Suçun usulüne uygun şekilde ispatının sağlanması gerekir.

- Hadlerin ispatına ayrı bir titizlik gösterildiğinden ikrar eden ikrarı ile bağımlı tutulmaz.

- Şahitlerin cinsiyet ve sayısı ile ilgili özel bazı şartlar aranır. Şahitlerin ifadelerini geri almaları veya belli hadlerde şahitlerin infaz öncesinde ölmeleri de hadleri düşürür.

- Suçun sübutunda şüphenin bulunması halinde suç sabit görülmez ve ceza uygulanmaz.

- Fakihlerin önemli bir bölümüne göre hadlerde kıyas ve genişletici yorum uygun görülmez.

- Hadlerde kanun koyucu ve devlet başkanının veya suç mağduru sayılabilecek tarafın af, sulh, cezada arttırma ve indirim yapma veya onun yerine başka bir ceza teklif etme gibi yetkileri yoktur.

- Hadlerin infazı devletin yetkisi dahilinde olup infaz kamu adına yapılır. Bu sebeple şahısların kural olarak infazı talep yönünde bir hakkı bulunmadığı gibi hadlerde mirasçılık da cereyan etmez.

- Hadler prensip olarak şikâyete bağlı bir suç değilse de hırsızlık ve kazf suçları kısmen istisnai hükümler taşır.

- Had cezaları prensip olarak toplum huzurunda ve alenen infaz edilir. Hadlerin uygulanmasında adalet ve hakkaniyet esastır. Suçlunun cezaya güç yetiremeyecek derecede hasta ve zayıf oluşu gibi durumlarda hadlerin infazı tecil edilir veya hafifletilir.

III. HAD CEZASINI GEREKTİREN SUÇLAR

1. Hırsızlık

Arapça *sirkat* kelimesiyle ifade edilen ve sözlük anlamı başkasının malını gizlice almak olan terimin İslâm hukukuna göre tanımı “mükellef bir kimsenin en az nisap miktarınca değeri olan, önemsiz ve çabucak bozulan cinsten olmayan, İslam’a göre alınıp satılması caiz olan bir malı, kendi mülküne geçirmek amacıyla saklı bulunduğu yerden gizlice alıp dışarı çıkarmaktır.”

Sirkat gizlice almak olduğundan, güç kullanmak ve galip gelmek suretiyle alenen malın talan edilmesi, yağmalanması anlamına gelen *nehb*’den farklıdır.

Aynı şekilde güçlü olmanın verdiği avantajla haksız yere birinin malını alenen zapt etmek anlamına gelen *gasp*’tan da farklıdır.

Yine aleni bir şekilde karşıdaki kimsenin gaflet ya da cehaleti sebebiyle onu dolandırmak suretiyle malını ele geçirmek anlamına gelen *ihtilas* da bu anlamıyla bir sirkat değildir.

Emanet edilen bir malı temellük etmek suretiyle yapılan haksız fiil olarak ifade edilen *hiyanet* de yine sirkat kelimesinin kapsamına girmemektedir.

Saydığımız bu dört fiilin hepsinde de hem gizlice almak söz konusu değildir hem de mal saklı bulunduğu yerden alınmış değildir. Bu sebeple bu tür suçların cezası sirkat suçuna göre farklılık arz etmektedir.

Sirkat-i suğra ya mübaşeret olur veya tessebbüben olur. Şöyle ki, bir şahsın, malın saklı bulunduğu yere gizlice girerek çaldığı malı bizzat alıp dışarıya çıkarması mübaşeret, birisinin aldığı malı yüklenerek dışarı çıkarması suretiyle yapılan hırsızlık ise tessebbüben hırsızlıktır.

Unsurları

İslâm hukukunca öngörülen had cezasının verilebilmesi için suçlu, çalınan mal ve çalma eylemi ile ilgili bazı temel şartlar aranmaktadır. Hırsızlık suçunun unsurları olarak ifade edilen bu şartları şu şekilde özetlemek mümkündür.

1. Hırsızlık Eyleminin Gizlice Yapılmış Olması

Hırsızlık suçunun oluşması için malın bulunduğu yerden gizlice alınmış olması şartı, bu suç benzeri eylemlerden ayıran bir kriterdir. Bu sebeple yukarıda belirttiğimiz *nehb*, *gasp*, *ihtilas*, *hiyanet* birer suç olmakla birlikte hırsızlık (*sirkat*) değildir. Zira malın sahibinden habersiz olarak gizlice alınması söz konusu değildir.

Tarar, olarak ifade edilen yankesiciliğin –ki malını taşıyan kimsenin gafletinden istifade etmek suretiyle çalmaktır- haddi gerektiren hırsızlık suçu kapsamına girdiği hususunda İslâm hukukçuları müttefiktir.

2. Malın Koruma Altındayken (Hırz) Çalınmış Olması

Hırsızlık suçunun oluşmasında malın koruma altında (*hırzda*) iken alınmış olması önemli bir unsurdur. Koruma altına alınmış olma o malın sahibinin izni olmadan girilmeyen uygun bir yere konmasını veya bir bekçi tarafından korunmuş olmasını ifade eder. Buna göre açıkta

bırakılan bir malın alınması, malın değeri ne olursa olsun haddi gerektiren bir suç hüviyetini kazanmış olmaz.

Hırsızın mahiyeti malın örfe korunduğu yere göre farklılık arz eder. İnsanın kendisi, kasası, evi hırsız olabildiği gibi, bir araba için evin önü, otoparklar hırsızdır. Bir gemi veya benzerleri için limanlar hırsız olduğu gibi, uçaklar için de havaalanları hırsızdır. Buna göre alışılmışın dışında bir yere park edilen, mesela insanların yaşamadığı bir dağ başına bırakılıp gidilen bir araba oradan çalındığında her ne kadar yapılan fiil cezayı gerektiren bir suç ise de haddi gerektirmemektedir zira mal hırsız altında değil iken çalınmıştır.

Malın hırsızdan alınmasının cezayı gerektirmesi için hırsızlık eyleminin ulaşması gereken aşama hakkında da İslâm hukukçuları farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Mesela bir eve hırsızlık kastıyla girip de suçüstü yakalanan kimsenin eylemi teşebbüs seviyesinde kaldığından çoğunluğa göre had değil ta'zîr cezası gerekir. Malın hırsızdan çıkarılmasından sonraki aşamaya baktığımızda Hanefilere göre malın bulunduğu yerden alınması, yani mâlikinin mülkünden çıkarılması yeterli olmayıp fiilen hırsızın mülk ve tasarrufu alanına girmesi gerekmektedir. Diğer ekollere göre ise mal, sahibinin zilyedliğinden çıkmasıyla hükmen hırsızın zilyedliğine geçmiş olacağından suç tamamlanmış ve had cezası gerekli olmuş demektir.

Malı bizzat alma, tahıl ambarını delip buğdayı dışarı akıtma, malı bir hayvanın sırtına veya bir aracın gizli bölmelerine yükleme veya akarsuya atıp hırsız dışına çıkmasını sağlama gibi doğrudan veya dolaylı fiiller arasında fark yoktur. Ancak hırsız malı bulunduğu yerde telef ederse bu eylem hırsızlık değil haksız fiil olarak nitelendirilir.

3. Çalınan Şeyin Hukuken Mal Sayılması

Çalışan şeyin, İslâm hukukunca mal olarak kabul edilmesini sağlayan vasıflara sahip olması gerekmektedir. Bu da çalınan şeyin, öncelikle insanlar tarafından elde edilmek istenen, saklamayı, korumayı gerektirecek bir nitelikte olması, mütekavim olması, belli bir değerde olması ve menkul olması demektir.

Tanımı biraz açacak olursak, İslâm hukukçuları bir şeyin mal kabul edilebilmesi için o şeyin insanlar tarafından mal edinilmesinin âdet haline getirilmiş olmasını, mesela sokakta bulunduğu fitraten insanın sahip olmak istediği bir vasıfta olması gerektiğini belirtmişlerdir. Binaenaleyh ot, saman, kamış, alelaide odun, kömür parçacıkları gibi şeyleri çalmak had cezasını gerektirmez.

İmam Ebû Hanîfe mal olma vasfına sahip bulunmayan meyve ve derisi gibi şeyleri veya çok bol oluşu yüzünden kendi döneminde iktisadî bir kıymet taşımayan, insanların ihtiyaç duymadığı nesnelere veya depolanmayan, çabucak bozulabilen, hemen tüketilen meyve ve sebze gibi yaş yiyecekleri, et, ekmek ve benzeri malları, mushafı, dinî kitapları veya ilmî eserleri çalan hırsıza had cezası uygulanmayacağı görüşündedir.

Hanefilerin dışındaki İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre ise, mülkiyete konu teşkil eden herhangi bir mal alım satımına konu olabiliyor, takas yapılıyorsa böyle bir malın çalınması durumunda suç tam olarak gerçekleşmiş demektir.

Malın mütekavvim olmasına gelince, bu malın hukuken kullanılması meşrû bir mal olması, alınıp satılmasının yasak olmaması demektir. Binaenaleyh şarap, domuz gibi bir malın çalınması halinde had cezası gerekmemektedir. Çalanın Müslüman ya da gayrimüslim olması hükmü değiştirmemektedir. Çünkü bu mallar gayrimüslimlerce mütekavvim ise de müslümanlara göre değildir. Dolayısıyla mutlak surette mütekavvim bir mal sayılmadığından had cezası düşer. Aynı şekilde hür bir çocuğu çalmak had cezasını gerektirmez. Çünkü çocuk bir mal değildir.

Yukarıda ifade edilen şeylerin çalınması her halükârda suçtur ve belli bir cezayı gerektirir. Bu ceza hâkimin takdirine göre bazen el kesmekten daha şiddetli de olabilir. Ancak bizim üzerinde durduğumuz husus haddi gerektirip gerektirmemesiyle ilgilidir.

Malın menkul oluşuna gelince, hırsızlık fiilinin, bir malın bulunduğu yerden gizlice alınıp götürülmesi, mağdurun mülk ve zilyedliğinden hırsızın zilyedliğine geçmesi şeklinde işlenmesinin tabii sonucu olarak çalınan malın menkul bir mal olması şartı aranır. Suçlunun fiiliyle taşınabilen her mal menkul mal sayılır. Bu sebeple tabiatı icabı menkul olması şart değildir; suçlunun veya başkasının fiiliyle taşınır hale gelmesi yeterlidir. Mesela çatıdan keresteyi, maden ocağından cevheri alıp götürme halinde çalınan mal hırsızın fiiliyle menkul hale gelmiştir.

4. Nisab Miktarında Olması

İslam hukukçularının çoğunluğuna göre had cezası uygulayabilmek için çalınan malın belli bir değerde olması gerekmektedir. Hırsızlık nisabı olarak ifade edilen bu değer tespitinde ölçüt altın veya gümüşdür. Nisab oranını belirlemede Hz. Peygamberden nakledilen “bir kalkan değerinin altında olan mallarda el kesme cezası yoktur” mealindeki hadis etkin konumdadır. İhtilafın sebebi ise Hz. Peygamber zamanında bir kalkana biçilen değer tam olarak ne kadar olduğu ile ilgilidir.

5. Malın Bir Sahibinin Bulunması

Çalınan mal hırsızdan başka birisine ait olmalıdır. Malın belli bir kısmı dahi olsa hırsıza ait bulunduğu veya böyle bir mülkiyet şüphesi mevcut olduğunda eylem had cezasını gerektirmez. İmam Mâlik’e göre bunun için malın bulunduğu yerden gizlice alındığı an önemlidir. Sonradan malın hırsızın mülkiyetine geçmesi had cezasını engellemez. İmam Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel’e göre ise hırsızlığın devlet makamlarına haber verilmesine ve çalınan malın talep edilmesine kadar mal hırsızın mülkiyetine geçerse hırsızlık suçu tam olarak meydana gelmemiş sayılır. İmam Ebû Yûsuf had cezasına hükmedilinceye kadar, İmam Ebû Hanîfe ve Muhammed ise daha da ileri giderek ceza infaz edilinceye kadar mal hırsızın mülkiyetine geçerse had cezası düşer görüşündedirler.

Suçun İspatı

Hırsızlık hakkullahı (kamu haklarına) yönelik bir suç olması hasebiyle doğrudan dava konusu olması gerektiği düşünülse bile fıkıh ekolleri bu konuda farklı görüşlere sahiptir. Mâlikî ve bazı Hanbelîlere göre suçun haddi gerektirmesi için suç mağdurunun yani malı çalınan kimsenin davacı olması şart değildir.

Hanefilere göre ise davanın görülebilmesi bir davacının varlığına bağlıdır. Bu davacı, malın bizatihi sahibi olabileceği gibi, mal emanette iken çalınması durumunda emanetçi (mûdâ‘), ödünç olarak birinin elindeyken çalınması halinde ödünç alan kimse (müsteîr), birinin elinde rehin iken çalınması halinde rehin olarak elinde tutan kimse (mürtehin), mudarebe şirketi sebebiyle emekçinin elindeyken çalınmış ise mudarib, birisi tarafından gasp edilmiş halde iken çalınmış ise gaspçı da olabilir. İmam Şâfi‘’ye göre ise davanın açılabilmesi için sadece mal sahibinin bulunması gerekmektedir. Diğer şahısların davacı oluşları ne had cezasını gerektirir ne de çalınan malın geri istenmesi imkânını sağlar. Malı çalınan kimse (mesrukun minh) vefat ederse varisleri dava açma hakkına sahip olurlar.

Şahitlik:

Hırsızlık suçu iki âdil, bülûğa ermiş erkek şahidin şehadetiyle ispat edilebilir. Adaletinde şüphe bulunan kimselerin, çocukların, kadınların ve olaya şahit olana şahit olanın (eş-şehâde ale’ş-şehâde) yapacağı şahitlikle hırsızlık suçu için had cezası uygulanmaz.

İkrar:

İspat vasıtalarından ikincisi de az önce ifade ettiğimiz gibi hırsızlığı bizzat yapan mükellef bir şahsın suçunu itiraf etmesi suretiyle ortaya çıkan ikrardır. İmam Ebû Hanîfe, İmam Muhammed, İmam Mâlik ve İmam Şâfi‘’ye göre bir kez ikrar suçun ispatı için yeterlidir.

Cezası

Hırsızlık suçunun biri bedene diğeri mala yönelik iki türlü cezası vardır. Suçu sabit olan kimsenin sağ eli bilekten kesilir. Mali yönü ise çalınan malın mevcut olması halinde iadesi, telef edilmesi halinde ise tazminidir. Yapmış olduğu hırsızlık sebebiyle sağ eli kesilen kimse daha sonra yine hırsızlık yaparsa sol ayağı eklem yerinden kesilir. Bu ikinci haddin uygulanmasından sonra aynı kimse yine hırsızlık yapacak olursa tövbe edinceye yani bir daha böyle bir suç işlemeyeceği kanaati hâsıl oluncaya kadar hapsedilir. Başka bir uzvun kesilmesi söz konusu değildir. Zira had cezasının amacı suçlunun ıslahıdır. İki uzvunu kaybetmesine rağmen hâlâ hırsızlık yapabilen bir kimsenin diğer elini de kesmek suça ceza vermektен çıkar suçluyu adım adım heder etmeye dönüşür ki, cezanın amacı bu değildir. Nitekim eli kesilen bir kimsenin öylece bırakılmayıp elinin dağlanması suretiyle kanın durmasını sağlama teşebbüsünün altında yatan gerekçe de budur.

Cezanın mali boyutuna dönecek olursak, şayet herhangi bir sebeple had cezası uygulanamamışsa hırsız çaldığı malı mutlak surette geri vermek mecburiyetindedir. Şayet mal artık hırsızın elinde aynen mevcut değilse değerini tazminle mükelleftir. Had infaz edilemediği için ayrıca kendisine ta‘zîr cezası verilir. Hırsıza had cezası uygulanmış ise çaldığı mal da hala hırsızda bulunuyorsa yine söz konusu malı sahibine iade etme zorunluluğu vardır. Ancak mal hırsızın elinden çıkmış ya da artık mevcut değilse ayrıca tazmin cezası gerekmemektedir. Çünkü Hanefilere ve Zeydîlere göre bir hırsızlık suçunda hem el kesilip hem de tazmin cezası verilemez. Nasta belirtilen el kesme cezasının uygulanması hırsızlık suçunun cezası için yeterlidir.

Özet

Ceza hukuku, klasik fıkıh kaynaklarında “ukubat” adı verilen genel sınıflandırma içinde yer alır. Bu hukuk toplum hayatında kişilerin birbirleriyle ve toplumla olan ilişkilerini düzenleyen ve uyulması kamu gücüyle desteklenmiş olan toplumsal kurallara uymamaya karşı hukukun ceza şeklindeki tepkisini ifade eder. Ceza hukuku Arapçada *cerîme veya cinayet* kelimeleriyle ifade edilir. Bu kavramlar, yapıldığı takdirde ceza öngörülen, haram kılınmış bir fiilin yapılması yahut yapılmamasına ceza öngörülmuş olan bir fiilin yapılmamasını ifade etmektedir. İslam hukukunda can, beden, ırz ve mala yönelik her türlü haksız saldırı yasaktır ve *Allah’ın had veya ta’zir ile cezalandırdığı yasaklar* suç olarak tarif edilmiştir. Suç; fiil ya da terk niteliğinde gerçekleşir. Yapılması halinde ceza verilen yasak bir fiilin işlenmesi ya da terkinde ceza verilen bir fiilin yapılmasıdır. Suçun tanımından da anlaşıldığı üzere müspet veya menfi bir hareketin cezası olmadıkça suç sayılmaz. Bugünkü pozitif hukukta da “*kanunsuz suç olmaz*” prensibi bulunmaktadır. Ukubata dair hükümler fûru fıkıh kaynaklarında “hudud, tazir, cinayât, kısas, diyât, ikrah cirah gibi bölümler altında yer alır. Günümüzde ise modern İslam hukuku çalışmalarında “et-Teşri’ul-cinai, el-Cerime ve’l-Ukube” başlıklar altında özel bir litaretür oluşmuştur.

DEĞERLENDİRME SORULARI

1. “Kanunsuz suç olmaz.” cümlesiyle suçun unsurlarından hangisi kastedilmektedir?

- A) Maddi Unsur
- B) Manevi Unsur
- C) Hukuka Aykırılık
- D) Tipiklik
- E) Mağdurun rızası

2. Aşağıdakilerden hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplerinden biri değildir?

- A) Hakkın İcrası
- B) Suçlunun tövbesi
- C) Vazifenin İfası
- D) Meşru Müdafaa
- E) İztırar Hali

3. “Razı olana karşı suç işlenmez.” ifadesiyle aşağıdaki ilkelerden hangisine işaret edilmiştir?

- A) Meşru Müdafaa
- B) Hakkın İcrası
- C) Cezaların umumiliği
- D) Mağdurun rızası
- E) Cezaların şahsiliği

4. Aşağıdakilerden hangisi had cezaları için söylenemez?

- A) Hadlerde hâkim kendi bilgisine dayanarak hüküm veremez.
- B) Mağdurun af yetkisi yoktur.
- C) Gerektiğinde artırılabilir.
- D) İnfazı kamu adına yapılır.
- E) Şüphe durumunda düşürülür.

5. Aşağıdaki kavramlardan hangisiyle ifade edilen suçun hükmü “sirkat” kelimesi ile ifade edilen suçun hükmüyle aynıdır?

- A) Tarrar
- B) Nehb
- C) İhtilas
- D) Hıyanet
- E) Gasp

ÜÇÜNCÜ HAFTA

ÜNİTE III: I. HAD CEZASINI GEREKTİREN SUÇLAR II. KISAS, DİYET VE TAZİR CEZALARI

KONULAR:

I. HAD CEZASINI GEREKTİREN SUÇLAR

1. Hırsızlık (Bir önceki ünite)
2. Yol Kesme – Eşkıyalık (Hırâbe)
3. Zina
4. Kazf (Zina İftirası)
5. İçki İçme- Sarhoşluk (Şürb)
6. İsyân (Bağy)
7. İslâm Dininden Çıkma (İrtidat)

II. KISAS, DİYET VE TAZİR CEZALARI

1. KISAS

- 1.1. Canda Kısas (Kısâs Fi'n-Nefs)
- 1.2. Uzuvsda Kısas (Kısâs Fî-Mâ Dûne'n-Nefs): Müessir Fiiller

2. DİYET

- 2.1. Adam Öldürmede Diyet
- 2.2. Yaralama ve Sakat Bırakmada Diyet
- 2.3. Diyet Sorumlusu ve Ödeme
- 2.3.1. Âkile
- 2.3.2. Kasâme

3. TA'ZİR

1. Özellikleri
2. Kısımları
3. Tazir Cezalarında Geçerli Olan Esaslar

AMAÇLAR

1. Had cezalarının ayırt edici özelliklerini bilmek ve had gerektiren suçları açıklayabilmek
2. Kısas cezası gerektiren suçlarla had gerektiren suçlar arasındaki farkları ayırt edebilmek
3. Diyet gerektiren suçların özelliklerini kavramak
4. Tazir suçlarının özelliklik ve kısımları hakkında bilgi sahibi olmak

HAZIRLIK SORULARI

1. “Kısas, diyet, tazir, âkile ve kasame” kavramlarının anlamlarını araştırınız.
2. Had cezası gerektiren suçların naslardan dayanaklarını araştırınız.
3. Had, kısas ve tazir arasındaki farkları yazınız.
4. Kısas ve diyet türleri nelerdir? Araştırınız.

I. HAD CEZASINI GEREKTİREN SUÇLAR

1. Hırsızlık (Bir önceki ünite)

2. Yol Kesme – Eşkîyalık (Hırâbe)

Bazı hukukçular tarafından büyük hırsızlık olarak da isimlendirilen eşkıyalık, silahlı gasp ve yağma suçu İslâm ceza hukukunda “hırâbe” veya yol kesme anlamında “kat’u’t-tarîk” adıyla anılır ve cezası Kur’an’da belirlendiği için de had suç ve cezaları gurubunda yer alır. Hırâbe, gelip geçmeyi önleme veya geçenlerin malını alma veya canlarına kastetme maksadıyla bir kişi veya grubun belli bir silah gücüyle umuma ait bir yolu kesmeleri şeklinde tanımlanabilir.

İslâm bireylerin temel haklarına, can ve mal güvenliğine, toplumda huzur ve asayişin sağlanmasına büyük önem vermiş, yeryüzünde bozgunculuk yapmayı, çevre ve kamu düzenini ihlal etmeyi değişik üsluplarla yasaklamış, birtakım dinî, ahlâkî ve bazen da cezaî müeyyidelerle önlemeye çalışmıştır. Bunlardan biri de yol kesip silahlı gasp, baskın ve yağmada bulunanlarla ilgili olarak getirilen cezadır. Kur’an-ı Kerim’de şöyle buyrulur:

“Allah ve Râsulüne karşı savaşanların ve yeryüzünde düzeni bozmaya çalışanların cezası öldürülmek, asılmak, el ve ayaklarının çaprazlama kesilmesi yahut da buldukları yerden sürülmedir. Bu onların dünyadaki rüsvaylığıdır. Onlar için ahirette de büyük azap vardır. Ancak siz kendilerini yenip ele geçirmeden önce tövbe edenler müstesna...” (el-Mâide 5/334).

Unsurları ve Şartları

a) Silah veya kuvvet kullanma: Adam öldürme, bir kimsenin malını alma veya korku verme silah veya kuvvet kullanarak olmalıdır. Bu şart fiilin ayrıca açıkça yapılmasını da gerektirmektedir. Bu yönüyle hırâbe, hırsızlıktan ayrılmaktadır. Hırsızlıkta fiilin gizlice ve kuvvet kullanmadan yapılması esastır.

b) Şehirlerarası yolda olma: İslâm hukukçularının çoğunluğu, hırâbe suçunun şehir içinde veya dışında baskı, şiddet veya silah kullanarak yapılan her türlü gasp ve yağmayı kapsadığı görüşündedir. Ebu Hanife dahil bir kısım hukukçular ise şehir içinde yapılan soygunun bu kapsamda düşünülmemesi gerektiğini, bunun ancak şehirlerarası yollarda mümkün olduğunu söylemektedirler. Bu görüşe göre şehirlerarası yolda olma suçun bir unsurunu oluşturmaktadır. Bir kısım hukukçular da şehirde gündüz işlenen, bir kısmı da silah kullanılmadan işlenen gasp ve yağmanın eşkıyalık suçunu oluşturmadığı görüşündedir.

c) Erkek olma: İslam hukukçularının büyük çoğunluğu suçlunun erkek veya kadın olması arasında bir ayırım gözetmez. Buna göre erkek olma suçun unsurlarından değildir. Ebu Hanife’den gelen bir rivayette ise bu suç ancak erkekler tarafından işlenebilir. Bu görüşe göre erkek olma suçun bir unsurunu oluşturmaktadır.

İspatı

Eşkîyalık suçu ya âdil iki erkeğin şahitliği ile ya da suçluların ikrarı ile sabit olur.

Cezası

Yol güvenliğini ihlal edip gasp ve yağmada bulunan eşkıyaya ayette zikredilen dört tür cezadan hangisinin hangi şartlarda uygulanacağı hususu da İslâm hukukçuları arasında tartışmalıdır. Bir kısım İslâm hukukçusu eşkıyaya bu cezalardan hangisinin uygulanacağını belirleme yetkisinin devlet başkanına veya hâkime ait olduğunu, devlet başkanı veya hâkimin duruma ve suçun ağırlığına göre bir tercihte bulunabileceğini söylerler. İslâm hukukçularının çoğunluğu ise ilgililere böyle bir takdir hakkı vermenin cezayı uygulamada düzensizliğe hatta keyfiliğe yol açabileceği, cezada kanunilik ilkesini ihlal edeceği noktasından hareketle eşkıyalık suçunun ağırlık derecesine göre birkaç kategoriye ayrılması ve suçun hangi aşamasına hangi tür cezanın gerekeceğinin önceden belirlenmesi gerektiği görüşündedir.

Hanefî, Şafîî ve Hanbelî fakihlere göre bu cezalar suçun ağırlığına göre şu şekilde sıralanmaktadır:

a) Soygun yapmaksızın ve adam öldürmeksizin sadece yol güvenliğini ihlal eden kimseye sürgün cezası verilir. Hanefilere göre sürgünden kasıt hapis cezasıdır.

b) Yol kesip soygun yapan fakat adam öldürmeyen eşkıyanın sağ el ve sol ayağı çaprazlama kesilir.

c) Adam öldüren fakat soygun yapmayan kimseye ölüm cezası verilir.

d) Hem soygun yapan hem de adam öldüren eşkıyanın ise el ve ayakları çaprazlama kesildikten sonra öldürülür ve asılır.

Malikî ve Zahirîlere göre ise suçluların durumuna göre kamu otoritesinin bu dört cezadan birini seçme konusunda takdir yetkisi vardır.

Hirâbe suçu işleyenler yakalanmadan önce tövbe ederlerse yol kesme suçuyla ilgili cezalar düşer. Ancak kul hakları zayi olmadığından aldığı malı veya değerini iade etmek zorundadır. Adam öldürme durumunda tövbe ile had cezası olarak ölüm cezası düşmekte ise de ölenin yakınlarının talep etmesine bağlı olarak kısas veya diyet cezası verilebilir.

3. Zina

Aralarında meşru bir akit bulunmayan iki kimsenin kendi istekleriyle yaptıkları cinsel ilişkiye zina denir. Bir diğer ifadeyle zina evlilik dışı cinsel ilişkidir. Zina eden erkeğe “zânî” kadına ise “zâniye” denir. Ancak dinî ve örfî açıdan zina olarak kabul edilen her fiil her zaman haddi gerektirmeyebilir. Çünkü zina “haddi gerektiren cinsel ilişki”den daha genel bir kavramdır. Özellikle “şüphe ile hadlerin düşeceği” kuralı kimi zaman dinî ve örfî açıdan “zina” sayıldığı halde bazı fiillere haddin uygulanmasını engelleyebilir.

Haddi gerektiren zinayı şu şekilde tanımlamak mümkündür: İslam ülkesinde yaşayan mükellef bir erkeğin, aralarında nikâh akdi ya da akit şüphesi bulunmayan, kendisine cinsel arzu duyulan bir kadınla kendi istek ve arzularıyla cinsel ilişkide bulunmasıdır.

Zina öteden beri insan aklının, ahlak ve hukuk düzenlerinin, diğer semavi dinlerin yanlış, ayıp ve kötü gördüğü bir fiildir. Zina İslam dininde de kesin bir şekilde yasaklanmış, işlenmesi büyük günahlar arasında sayılmış ve önlenmesi için birtakım tedbirler alınmıştır.

Irz ve neseplere yönelik bir suç olduğu için cezası da hadlerin en şiddetlisidir. Zina haddi Allah'a ait haklardandır. Bu, aileye, nesle ve toplum düzenine karşı işlenen bir suç olduğu için toplum haklarından sayılır.

Kur'ân'da namus ve iffeti koruma Müslüman erkek ve kadınların en önde gelen vasıfları olarak sayılır (bk. Mü'minûn 23/5; en-Nûr 24/30) ve “Zinaya yaklaşmayın, zira o bir hayasızlıktır ve çok kötü bir yoldur.” (İsrâ 17/32) buyrulur.

Unsurları ve Şartları

Had gerektirecek şekilde zina suçunun oluşması için suçun genel unsurlarının yanında şu özel unsur ve şartlarının da bulunması gerekir.

a) Zina eden akıllı ve ergenlik çağına ulaşmış olmalı: Ergin olmayan çocuğa ve akıl hastasına had uygulanmaz. Bu konuda İslam hukukçuları görüş birliği içindedir. Bunun dayanağı şu hadis-i şeriftir: “Üç kişiden kalem kaldırılmıştır. Çocuktan büyüyünceye kadar, uyuyandan uyanıncaya kadar, akıl hastasından iyileşinceye kadar” (Ebû Dâvud, “Hudûd”, 17). Ancak akıllı başında bir erkek, akıl hastası bir kadınla veya akıl hastası bir erkek akıllı bir kadınla zina etse, bu ikisinden akıllı olana had cezası uygulanır.

Akıllı ve buluğa ermiş bir erkek, bir çocuk ya da akıl hastası ile zina ederse yalnız erkeğe had cezası gerekir. Aksi durumda yani kadının âkile ve bâliğa olmasına rağmen erkek çocuk ya da akıl hastası olursa İmam Züfer, İmam Şâfiî ve İmam Ebû Yûsuf'tan bir rivayete göre kadına had cezası uygulanır. Çünkü mükelleftir ve zina fiiline rıza göstermiştir.

İmam Mâlik'e göre de akıl dengesi yerinde olmayan bir kadınla, cinsel ilişkinin âdeten mümkün olabildiği küçük çocukla cinsel ilişki haddi gerektirmektedir.

b) İlişki bir erkekle kadın arasında olmalı: Bu Ebu Hanife'nin ileri sürdüğü bir şarttır. Buna göre bir erkekle erkek veya bir kadınla kadın arasındaki anormal ilişkiler (livata, homoseksüellik-lezbiyenlik) haddi gerektirmez, sadece tazir cezasını gerektirir. Fakihlerin çoğunluğuna göre ise helal olan ilişki dışındaki her türlü gayri meşru ilişki had gerektiren zina kavramına ve kapsamına girmektedir. Zina haddinin uygulanması için kadının diri olması da şarttır. Çoğunluğu oluşturan fakihlere göre ölü kadınla cinsel ilişkiye girene had gerekmez. Mâlikîlerin meşhur görüşü aksi istikamettedir. Üç mezhebe ve Şâfiîlerde mutemet görüşe göre hayvanla temas edene de had cezası verilmeyip ta'zir cezası uygulanır.

b) Zina tarafların rızası ile olmalı: Çoğunluğa göre zinaya zorlanan kimseye had uygulanmaz. Bu konuda Hanbelîler aksi görüşe sahiptirler.

c) Zina edilen kadın ergin veya kendisine cinsel istek duyulan bir yaşta olmalı: Küçük kız çocuğu ile zina edilmesi halinde zina eden erkeğe de kıza da had cezası gerekmez. Ergin olmayan çocukla cinsel temasta bulunan kadına da had uygulanmaz. Bu kişiler uygun tazir cezası ile cezalandırılır.

d) Zina bir şüpheye dayalı olmamalı: Bir kimse kendi eşi zannederek yabancı bir kadınla cinsel temasta bulursa fakihlerin büyük çoğunluğuna göre had gerekmez. Fasit nikâhtan sonraki cinsel ilişkiler sebebiyle had gerekmediği konusunda da görüş birliği vardır. Fasit nikâhların bir kısmında şüphe sebebiyle zina suçu oluşmamakta, bir kısmında ise suç oluşsa

bile şüphe sebebiyle had düşmektedir. Muvakkat nikah, velisiz veya şahitsiz nikah, bain talakla boşadığı kadının iddetinde onun kız kardeşiyle nikahlanmak fasit nikahın örneklerindedir. Ebu Hanife'ye göre batıl nikahlara dayalı cinsel ilişkilerde de had düşer.

e) Zina fiilinin üreme organları yoluyla yapılmış olması

Erkekle kadın arasındaki zina fiilinin ters ilişki suretinde meydana gelmesi İmam Ebû Hanife'ye göre en şiddetli ta'zîr cezasını gerektirse de haddi gerektirmemektedir. Çünkü yapılan kötü fiil hakkında belirli bir had cezası yoktur. Ancak mülkî otorite (devlet başkanı, veliyyü'l-emr, vb.) gerekli gördüğü durumlarda siyaseten katl cezası verebilir. İmameyn'e ve diğer üç mezhep imamına göre ise aralarında nikâh olmayan kimselerin ters ilişkileri de zinadır ve had cezasını gerektirmektedir.

Kendi eşiyle böyle ters ilişkide bulunan kimsenin şiddetli bir tazir cezasıyla cezalandırılması hususunda İslâm hukukçuları hemfikirdir. Bu çirkin davranışı mutat hale getiren kimse hakkında hapis, darp veya katl suretiyle ceza tayini mülkî otoriteye aittir.

e) Zina eden muhsan olmalı: Bu şart cezası daha ağır olan evli kimsenin zinası için aranmaktadır. "Fıkıhta "ihsan (muhsanlık)" terimi, bir erkek veya kadına recm cezası uygulanabilmesi için bunlarda şer'an bulunması gereken özellikleri ifade eder. Bu niteliklere sahip erkeğe "muhsan", kadına "muhsana" denir.

İhsan terim olarak, had cezası icra edebilmek için mevcudiyeti şer'an gerekli olan bazı niteliklerin bir kimsede toplanmasıdır ki, ihsan-ı kazf ile ihsân-ı recm kısımlarına ayrılmaktadır. İhsan-ı kazf, yerinde de görüleceği gibi, bir kimsede akıl, bülûğ, hürriyet, İslâm ve zinadan iffet niteliklerinin bulunması ile meydana gelir.

İhsan-ı recm ise bir kimsede şu yedi özelliğin bir araya gelmesiyle gerçekleşir: Akıl, bülûğ, hürriyet, İslâm, sahih bir nikâhla evlenmiş olmak, evli bulunduğu eşinin de aynı özelliklere sahip olması ve bu özellikler bulunduktan sonra aralarında fiilen karı-kocalık ilişkinin meydana gelmiş olması. Bu özelliklere sahip olan erkeğe muhsan, kadına da muhsane denir.

İhsan vasfının bekası için evliliğin devam ediyor olması şart değildir. Binaenaleyh, ömründe bir kez evlenip ve zifafa girdikten sonra dul kalan bir kimse de muhsandır.

Zina suçunun ispatı

Zina suçunu diğer suçlardan ayıran önemli bir özellik bunda özel ispat şartının aranmasıdır. Suçun bizzat suçlunun ikrarıyla sabit olmadığı durumlarda diğer suçlarda olduğu gibi iki şahidin tanıklığı yeterli olmamakta, dört erkek şahidin zina fiilini gördüklerine şahitlik etmeleri gerekmektedir. Bu sayıda bir azalma olması suçun sabit olmasını önlediği gibi böyle bir fiili gördüklerini beyan edenlere Ebu Hanife'ye göre zina iftirası (kazf) cezası verilir. Suçun ikrarla sabit olması halinde de Hanefiler başta olmak üzere bazı fakihler bu ikrarın bir defa olmasını yeterli görmeyip dört defa olmasını şart koşmaktadırlar.

İspat konusunda getirilen bu şartlar ağır zina cezasını (recm) adeta imkânsız hale getirmektedir. Bu nedenle İslam hukuk tarihinde zina suçları ancak ikrar yoluyla sabit olmuş, şahitlikle sabit olanlar yok denecek kadar az meydana gelmiştir.

Cezası

Şartları mevcut bulunan bir zina suçunun cezası muhsan ve muhsane olanlar için recm (taşlanarak öldürülme), diğerleri için ise 100 celdedir (değnekle dövmedir).

Muhsan olan kimselerin zina yapmaları durumunda recm cezası ile cezalandırılacakları hususunda ehlisünnetin dört mezhebi de müttefiktir. Hatta meşhur Hanefî hukukçu Kemaleddîn İbnü'l-Hümmam: “Muhsan kimselerin recm edileceği gerçeği, Hâtem et-Tâî'nin cömertliği ile Hz. Ali'nin kahramanlığı kadar inkârı kabil olmayan bir gerçektir” demektedir.

Bekâr bir erkek veya kadının zina suçunu işlemesi durumunda verilecek ceza yüz sopadır (celde). Bu hüküm ayetle sabit olan bir had cezasıdır. Kur'an-ı Kerim'de bu hususta şöyle buyrulur: “*Zina eden kadın ve zina eden erkekten her birine yüz değnek vurun. Eğer Allah'a ve âhiret gününe inanıyorsanız bunları Allah'ın dinini uygulama hususunda acıyacağınız tutmasın. Mü'minlerden bir topluluk da onların cezasına şahid olsun.*” (Nûr, 34/2).

Celde cezası uygulanan suçluya, ilgili hadislerin gereği olarak ayrıca bir yıl da sürgün cezası verilir. Ebu Hanîfeye göre sürgün cezası bir tazir cezasıdır. Diğer fakihlere göre sürgün had cezasına dahildir. Hanefî ve Malikîlere göre sürgünden kasıt hapis, Şafîî ve Hanbelîlere göre ise başka bir şehirde ikamete mahkûm etmedir. Sürgün yeri seferîlik mesafesinden uzakta olmalıdır. Ancak kadın kocası veya mahrem bir yakını ile birlikte sürgüne gönderilir. Mâlikîlere göre ise yalnız erkek sürgün edilir, yani bulunduğu belden uzakta hapsedilir.

Zina eden ve muhsan olan erkek veya kadının zina cezası ise recmdir. Recm taşlanarak öldürülme cezasıdır. Recm cezası kavli ve fiilî sünnetle sabittir. Birçok hadiste evlinin zina etmesi halinde recm veya ölüm cezası uygulanacağı ifade edilmiştir (bk. Buharî, “Hudûd”, 23; “Diyât”, 6; Müslim, “Hudûd”, , 6, 16; Ebu Davud, “Hudûd”, 23; Tirmizî, “Hudûd”, 8). Hz. Peygamber'in birden fazla olayda recm cezasını uyguladığı rivayet edilmiştir (Mesela bk. Muvatta', “Hudûd”, 2; Buharî”, “Hudûd”, 24, 30, 34, 37, 38; Müslim, “Hudûd”, 22, 25, 26). Recm uyulamalarının sahabe döneminde ve sonraki dönemlerde de devam etmesi sebebiyle bu cezanın meşruiyeti hakkında icma meydana geldiği ileri sürülmektedir.

4. Kazf (Zina İftirası)

İffetli kişilerin şeref ve haysiyetlerinin koruma altına alınması maksadıyla had cezasını gerektiren suçlardan birisi de zina iftirası olarak ifade edilen kaziftir. Sözlükte “herhangi bir şeyi atmak” anlamına gelen kazf fıkihta “muhsan olan bir kimseye iffetsizlik isnat etmek ya da zina ithamında bulunmak veya nesebini reddetmek” şeklinde tanımlanır.

İslam dininde iffet ve namus, kişilerin en temel haklarından olup, bunlara yapılan saldırılar suç ve günah sayılarak dünyevi ve uhrevi yaptırımlara konu edilmiştir. Kur'an-ı Kerim'de şöyle buyrulur:

“*Namuslu kadınlara zina isnadında bulunup sonra (bunu ispat için) dört şahit getiremeyenlere seksener sopa vurun ve artık onların şahitliğini asla kabul etmeyin. Onlar tamamen günahkârdırlar. Ancak bundan sonra tövbe edip ıslah olanlar müstesnadır. Allah çok bağışlayıcı ve merhametlidir.*” (Nûr 24/4).

Buna göre zina iftirası suçu, iffetli bir kimseye zina isnat edilip, zina suçunun ispat şartı olan dört şahit getirilememesi halinde söz konusu olmaktadır.

Unsurları ve Şartları

a) Zina isnadı: Zina isnadı bir kişinin başka bir kişi aleyhine zina ithamında bulunması veya başka bir kişinin sahil olarak bilinen nesebini reddetmesi (zina mahsulü olduğunu ima etmesi) şeklinde olur. Bu isnadı sarih olarak ifade eden her yazı ve sözle kazf suçu gerçekleşmiş sayılır. Hukukçuların çoğunluğu net bir itham anlamı içermeyen dolaylı ifadelerle (tarizle) yapılan kazf suçunu kabul etmezken, Malikîlere göre dolaylı (kapalı) ithamla da kazf suçu oluşur. Zina ithamına maruz kalan kimsenin kadın veya erkek olması fark etmez; her ikisi de bu suçun mağduru olabilirler. Diğer yandan bir kimsenin homoseksüel olduğunu söylemek de bu fiili zina kabul eden hukukçuların çoğunluğuna göre kazf suçunu oluşturur. Bunu zina olarak kabul etmeyen Ebu Hanife gibi fakihlere göre oluşturmaz.

b) İthama maruz kalan kimsenin muhsan olması: Burada muhsan olma iffetli olma, yani daha önce gayri meşru cinsel ilişkide bulunmamış olma anlamına gelmektedir. Bu yüzden kazf suçunda ithama maruz kalan kişinin muhsan sayılması için evli olması ve evlilik içi cinsel ilişkide bulunması şart değildir. Akıllı, ergen, hür, müslüman ve iffetli olan erkek ve kadınlar evli olsun bekar olsun muhsan sayılır.

c) Suç işleme kastı: Kazf suçunun teşekkülü için iftiracının (kâzif) cezaî ehliyete sahip bulunması yani akıllı, ergen, hür iradeye sahip bir kişi olması şartı aranır. İftiracının kadın, erkek, müslim, gayrimüslim, iffetli, sarhoş ya da ayık olması suçun oluşması açısından önemli değildir. Şu hâlde çocukların, akıl hastalarının, mükrehin veya uyuyan kimsenin yapacağı kazf had cezasını gerektirmemektedir.

Kovuşturulması

Hanefiler kazf suçunu Allah hakları (kamu) aleyhine, Şafiî ve Hanbelîler ise kişi hakları aleyhine işlenmiş bir suç olarak değerlendirmektedirler. Malikîlere göre ise bu suç mahkemeye intikal ettirilene kadar kişi, intikal ettirildikten sonra Allah haklarının ihlal edildiği bir suç özelliği taşımaktadır. Buna rağmen İslam hukukçularının tamamı kazfi takibi şikâyete bağlı bir suç olarak görürler. Hanefiler bu suçun Allah haklarına yönelik olduğunu kabul etmekle birlikte bunun aleniyete dökülmesinin mağdur bakımından daha zararlı sonuçlar doğuracağını göz önünde bulundurarak kazfi takibi şikâyete bağlı suçlar grubuna almışlardır. Bununla birlikte Hanefî ve Malikîler mahkeme hükmünden sonra suçun mağdur tarafından affedilemeyeceği görüşündedirler. Şafiî ve Hanbelîler ise suçun kişi haklarına yönelik olmasını göz önüne alarak suçlunun hükümden sonra da affedilebileceğini söylerler.

Cezası

Kazf suçunun biri bedenî diğeri manevî olmak üzere iki çeşit cezası vardır. Bedenî ceza ilgili ayette de ifade edildiği gibi seksen değnektir. Manevî ceza ise, kâzifin (iftiracının) güvenilirlik niteliğini kaybetmesi, mahkemelerde şahitliğinin kabul edilmemesidir. Kâzifin tövbe etmesi ve durumunu düzeltmesi halinde şahitliğinin kabul edilip edilmeyeceği konusu ise ihtilaflıdır. Hanefilere göre kâzif tövbe etse de şahitliği ebediyen kabul edilmez. Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelîlere göre ise tövbe eder ve iyi hali görülürse şahitliği kabul edilir.

5. İçki İçme- Sarhoşluk (Şürb)

Fakihlerin tamamı başta şarap olmak üzere bütün sarhoşluk verici içkilerin haram, yani kesin olarak dinen yasak olduğunda ittifak etmişlerdir. Kur'an-ı Kerim'de şu ayet içkinin haram olduğunu açık bir şekilde göstermektedir:

“Ey iman edenler! İçki (hamr), kumar, putlar, şans okları şeytan işi birer pisliktir. O halde bunlardan kaçının ki kurtuluşa eresiniz.” (Mâide 5/90).

İslâm'da içki ve benzeri maddeler, insan aklını, sağlığını korumak, toplumda ortaya çıkaracağı dinî ve toplumsal kötülükleri önlemek amacıyla yasaklanmıştır. Ancak had cezasını gerektirecek içki içme suçunun tanımı, dolayısıyla unsurlarında farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Ebu Hanîfe ve bir grup Irak'lı fakihe göre az veya çok şarap (hamr) içmek veya sarhoş edecek kadar diğer içkileri kullanmak had cezasını gerektiren bir suçtur. Şu halde Ebu Hanife'ye göre içki içme suçu iki şekilde oluşmaktadır. Bunlar aynı zamanda içki içme suçunun maddi unsurlarını oluşturmaktadır:

a) Şarap içme: Bunun az veya çok olması, içenin sarhoş olup olmaması önemli değildir. Ebu Hanîfe sadece üzüm suyundan ateşte kaynatılmaksızın elde edilen içkiyi şarap (hamr) olarak kabul etmektedir.

b) Sarhoşluk (sekr): Şarap dışındaki diğer içkilerden sarhoş olacak derecede içmekle gerçekleşir. Ebu Hanîfe'ye göre, sarhoşluk, yeri gökten, erkeği kadından ayıramayacak derecede akli dengenin kaybolmasıdır. Esasen Ebu Hanîfe şarap dışındaki içkileri sarhoş edici miktara kadar mubah saymış değildir. Sadece ayette şarap kelimesinin geçmesini ve örnek aldığı bazı uygulamaları göz önüne alarak suçun tespitinde biraz daha ihtiyatlı davranmaktadır.

İmam Malik, Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel'e göre ise sarhoşluk veren bütün maddeler şarap gibidir; bunları az veya çok içmek had cezasını gerektirir. Dolayısıyla bu fakihlere göre suçun unsuru sarhoşluk (sekr) özelliği olan herhangi bir maddenin alınmasıdır.

Unsurları

1. Cezaî Ehliyetin Bulunması

Had cezasının uygulanabilmesi için içki içen kimsenin âkil, bâliğ ve konuşabilen (nâtık) olması gerekmektedir. Dolayısıyla çocuklar, akıl hastaları ve dilsizler hakkında had cezası uygulanamaz. Dilsizlere bu cezanın uygulanamama sebebi durumlarını şüpheden uzak bir şekilde ifade edememeleridir.

2. İçki İçen Kimsenin Müslüman Olması

Ülke vatandaşı gayrimüslimler (zimmîler), turist olarak gelen yabancılar (müste'menler) ve bu ikisinin dışında kaçak olarak ülkede bulunan gayrimüslimler (harbîler) hakkında içki haddi uygulanmamaktadır. Ancak Hasan b. Ziyad'dan bir rivayete göre zimmîlere de had cezası uygulanmalıdır. Çünkü sarhoşluk her dinde yasaktır.

3. Hür İradeyle ve Zevk Eğlence İçin İçilmiş Olmalı

Mubah yoldan olan sarhoşluk, mesela bazı ilaçların veya meşru olan bazı içecek ve yiyeceklerin alınması, zorlanarak içki içilmesi ya da susuzluktan ölecek dereceye gelip başka içecek bulamayan kimsenin içki içmesi durumunda meydana gelen sarhoşluk haddi gerektirmez.

4. Zamanaşımının Bulunmaması

İçki içme eylemi üzerinden belli bir zaman geçmiş ise yani suçlu kimseden artık içki kokusu gelmiyorsa had cezası uygulanamaz. Ancak suça şahitlik eden kimseler, mesafesinin uzaklığı sebebiyle mahkemeye gelinceye kadar içki kokusu gitmiş olursa bu durumda mahkeme anında değil, olayın yaşandığı andaki kokunun varlığı dikkate alınır. Yani şahitlerin biz olayı gördüğümüzde koku vardı” demeleri yeterlidir.

İçki içme suçunda zamanaşımı şartı İmam Ebû Hanîfe ve İmam Ebû Yûsuf'a göredir. İmam Muhammed'e ve diğer üç mezhebe göre ise içki içme suçunda zamanaşımına itibar edilmez. Binaenaleyh daha önce içki içmiş bir kimse sonradan gidip mahkemede suçunu itiraf etse kendisine had cezası uygulanır, sarhoşluk alametleri dikkate alınmaz.

Cezası

Sarhoş olmasa da az veya çok şarap (hamr) içtiği sabit olan kimseye had cezası verileceğinde fikir birliği edilmiş olmasına karşılık şarap dışındaki sarhoş edici içecekleri (müskirat) almanın cezası hususunda Hanefîlerle çoğunluk arasında temel bir yaklaşım farkı vardır. İslâm hukukçularının çoğunluğu (cumhur) az miktarda da alınsa bu tür içecekleri içmenin cezasının aynı olacağı kanaatindedir. Hanefîler ise şarap içmenin cezasını “haddü's-şürb” ve haddü'l-hamr” diye isimlendirirken şarap dışındaki içkileri içene had cezası verilebilmesi için sarhoş olmayı şart koşmaktadırlar ve bu durumda uygulanacak cezayı “haddü's-sükr” diye adlandırırlar. Ayrıca şarap dışındaki içkilerin sarhoşluk meydana getirmeyecek düzeyde içilmesinden dolayı ta'zîr cezası verilebileceğini kabul ederler.

İçki içme cezasının had mi yoksa tazir mi olduğu meselesi klasik fıkhî tartışmalara konu olmuştur. Bazı fakihlere göre Hz. Peygamber döneminde bu suç dayak cezası ile cezalandırılmış, fakat bunun için sabit bir miktar belirlenmemiştir. İlk defa Hz. Ebu Bekir, Hz. Peygamber'in uygulamasına yakın olduğu düşüncesiyle bu suç için kırk sopa dayak cezası belirlemiştir. Sonra bu cezayı yeterli görmeyen Hz. Ömer bunu seksen sopaya çıkarmıştır. Dolayısıyla bu suç bir had değil, tazir suçu olup cezasını da devlet başkanı belirlemektedir.

Bir kısım fakihler ise içki içme suçunun icma ile had suçlarından sayıldığını ve suçluya seksen sopa vurulması gerektiği görüşünü ileri sürerler. Bir üçüncü görüş de kırk sopanın

had, ilave kırk sopanın ise tazir cezası olduğunu söyler. Sonuç olarak Ebu Hanîfe, Malik ve bir rivayete göre Ahmed b. Hanbel'e göre bu suçun cezası seksen sopa, Şafîî ve Ahmed b. Hanbel'den diğer rivayete göre kırk sopadır. Bu fakihler kırkın üzerine tazir cezası olarak bir ilave de yapmazlar.

6. İsyân (Bağy)

Sözlükte “haktan ayrılmak, zulmetmek, haddi aşmak” gibi anlamlara gelen bağy, fıkihta meşru devlet başkanına silahla karşı koyma, isyan etme anlamında kullanılan bir terimdir. İsyân eden kimseye bâğî veya âsi denir. Devlete isyan edenlerin işgal ve hakimiyeti altındaki bölgeye dârülbağy, isyancılara da ehlü'l-bağy denilmektedir.

İslam hukukçuları isyan suçunun oluşması ve buna verilecek ceza konusunda şu ayet-i kerimeye dayanırlar:

“Eğer müminlerden iki grup birbirleriyle vuruşurlarsa aralarını bulup barıştırın. İçlerinden biri ötekine saldırırsa Allah'ın buyruğuna dönünceye kadar saldıran tarafla savaşın. Eğer vazgeçerlerse artık aralarını adaletle düzeltin.” (Hucurât 49/9).

Unsurları ve Şartları

a) İsyân meşru bir devlet başkanına veya devlet düzenine karşı yapılmış olmalı:

Meşruyetini kaybetmiş bir devlet başkanına karşı çıkmalar isyan suçunu oluşturmaz. Kural olarak devlet başkanının adalet vasfına sahip olması gerekir. Fakihlerin çoğunluğuna göre bu niteliğe sahip olmayan (fâsik) halifenin değiştirilmesi gerekir. Dolayısıyla böyle bir devlet başkanına karşı gelenler isyancı sayılmazlar. Fakat fakihlerin geneli kan dökülmesine yol açacağı ve daha büyük bir fitne doğuracağı endişesiyle bu değişimin silahla olması konusunda tereddütlü davranmışlardır. Zira mevcut zararın izalesi adına daha büyük bir zulüm ve kargaşaya sebep olunabilir, asayiş sağlamaya güç, hatta imkânsız hale gelebilir.

b) İsyân esnasında kuvvet kullanılmalı:

Fakihlerin büyük çoğunluğuna göre kuvvet kullanmadan devlet başkanına muhalefet etmek veya biatten kaçınmak isyan sayılmaz. Malikîler ise kuvvet kullanma şartını aramaksızın devlet başkanına veya devletin meşru emirlerine karşı gelmeyi isyan kabul ederler.

c) Kendilerince haklı bir sebebe dayanmalı:

Devlet başkanının gayri meşru usullerle bu makama geldiğini söylemek veya onun adil olmadığını ya da görevlerini yerine getirmediğini iddia etmek bu tür haklı sebepler arasında sayılabilir. Bu sebebin objektif olarak haklı olması şart değildir. İslam tarihinde Haricîler böyle bir te'vile dayanarak isyan etmiş kabul edildiklerinden bâğî sayılmışlar ve buna göre haklarında hüküm verilmiştir. Böyle bir sebebe dayanmaksızın isyan edenler bâğî değil yol kesici sayılır ve ona göre cezalandırılırlar.

d) İsyân suçu kolektif işlenmeli:

İsyân suçu topluca işlenen bir suçtur. Tek kişinin karşı gelmesi isyan değildir. Bu suçun oluşumu için en az kaç kişinin isyana karışmasının yeterli olduğu konusunda farklı görüşler vardır.

Cezası

Bağy suçu sabit olan isyancılarla savaşmak ve bu sırada onları öldürmek helal kabul edilmiştir. Fakat onların müslüman olduğu ve suçlarının siyasi suç niteliğinde olduğu dikkate alınarak sadece zaruret halinde ve isyanı bastırarak ölçüde bir sertliğe izin verilmiştir. Ele geçen yaralıları öldürülmez, malları ganimet olarak dağıtılmaz ve telef edilmez, aile fertleri esir alınmaz. Şafî ve Ahmed b. Hanbel'e göre kaçan asiler takip edilmez. Ebu Hanife'ye göre ise bu kaçış diğer isyancılara katılmayla sonuçlanacak ve yeni bir isyana yol açacaksa, onlar takip edilip yakalanır, değilse takip edilmez.

İsyan bastırıldıktan sonra savaş hukuku hükümleri uyarınca asilerin isyan sırasındaki öldürme ve yaralama gibi suçları ayrıca cezalandırılmaz; yine bu sırada yaptıkları zararlar tazmin ettirilmez. Sadece isyanlarıyla ilgili olarak tazir cezası uygulanır. Ebu Hanife tazir olarak ölüm cezasının da verilebileceğini söylerken, diğer fakihlere göre ölüm cezası dışında bir ceza uygulanır. Ölüm cezası verilmesi durumunda bu bir had cezası sayılmaz. Bu yüzden isyan suçunu bir had suçu değil tazir suçu olarak değerlendirmek daha uygundur. İsyan sırasında işlenen zina, içki içme vb. isyanla ilgisi olmayan suçlar ise ayrıca cezalandırılır.

Fakihlerin bir kısmına göre isyan başlamadan bir araya toplanmış olsalar bile asilerle savaşılmaz. Aralarında bazı Hanefilerin de bulunduğu bir kısım fakihe göre ise asiler hazırlık yapmakta ve isyan edeceklerine muhakkak gözüyle bakılmakta ise savaşa başlamak için fiilen isyan etmeleri beklenmez.

7. İslâm Dininden Çıkma (İrtidat)

Verilecek ceza hakkında farklı görüşlerin olması sebebiyle had cezasını gerektiren suçlar kapsamına dâhil olup olmadığı ihtilafli olan suçlardan biri de İslâm dininden çıkmaktır.

Sözlükte “dönmek”, “kabul etmemek” anlamlarına gelen irtidat bir fıkıh terimi olarak “Müslüman bir kimsenin kendi irade ve arzusuyla İslâm dininden çıkması” anlamına gelmektedir.

İrtidat yani İslâm dininden çıkma dört şekilde meydana gelir.

1. Sözlü Olarak İrtidat

İmanın gereklerine aykırı, küfür sayılabilecek sözleri bilinçli bir irade ile telaffuz etmekle olur. Bir kimsenin İslâm dininden çıktığını söylemesi veya iman esasları kapsamına giren bir şeyi diliyle inkâr etmesi gibi.

Allah Teâlâ'ya veya peygamberlerden birine veya meleklere sövmek, Cenab-ı Hakkın rubûbiyyetini veya vahdaniyetini ya da kitaplarından birini yahut hayat, ilim gibi subûti sıfatlarından birini veya namaz, oruç gibi kesin farz olan bir dini emrin farz oluşunu inkâr etmek; peygamberlik iddiasında bulunmak, Hz. Peygamberden sonra birinin nebî olduğu iddiasını tasdik etmek bu kabildendir.

2. Fiili Olarak İrtidat

Küfrü veya şirki gerektiren herhangi bir hareket sergilemek, putlara, heykellere tapmak veya güneşe, aya, yıldızlara ve Allah'tan başkasına secde etmek gibi. Hakaret amacıyla

Kur'an-ı Kerim'i pis olan bir yere fırlatıp atmak, dinen mukaddes sayılan şeylerden biri ile istihza etmek de küfrü gerektiren davranışlardandır. Bütün bunları yapan kimse mürted sayılır.

3. İtikâdî Olarak İrtidat

İslâm dininin hak din oluşuna, İslâm dininde zarureten sabit olan ve itikadî vacip olan herhangi bir hükmün hilafına kalben iman etmektir. Helal olduğu kesin olan şeylerin haram olduğuna inanmak (istinkâr), haram olduğu kesin olan şeylerin helal olduğuna inanmak (istihlal), İslâm'ın ahkâmı ile alay etmek (istihza) ve bunları hafife almak (istihfaf) küfrü gerektiren hususlardır.

4. Şüphe Etmek Suretiyle İrtidat

İslâm dininde katiyetle sabit olup zaruriyyât-ı diniye olarak bilinen ve meçhul olması tasavvur olunamayacak olan şeylerden herhangi biri hakkında şüphe duymak, tereddüt etmek küfrü gerektirir. Allah Teâlâ'nın varlığından, peygamberlerin doğruluğundan, kıyamet gününün vukûundan şüphe etmek bu kabildendir.

İspatı

İrtidat suçunun ispatı ikrar veya şahitlik yoluyla gerçekleşir. Fakihlerin çoğunluğu bu konuda iki erkek şahidin şahadetini suçun ispatı için yeterli görmektedir. Ancak Hasan el-Basrî, sonuç itibarıyla ölüm cezasını gerektiren bütün suçlarda dört şahidin gerekli olduğunu savunur.

Aleyhine yapılan irtidat iddialarına rağmen mürted olmadığını ifade edilen kimse müslüman sayılır. Ancak iddia sahipleri davalarını beyyine yani şahitler ile ispat ederlerse zanlı mahkeme huzurunda kelime-i şahadet getirmediği müslüman olduğunu ispat etmiş olamaz.

Cezası

İrtidat, İslam hukukçuları tarafından özel bir suç tipi olarak ele alınmıştır. Fakihlerin büyük çoğunluğu bu suçun bir had suçu olduğunu ve karşılığında ölüm cezası uygulanacağını kabul eder. Buna delil olarak Hz. Peygamber'in "*Dinini değiştireni öldürün*" (Buhârî, "İstîtâbetü'l-mürteddîn", 2) sözüne ve O'nun Müslümanın dinini terk edip cemaatten ayrılmasını ölüm cezasına gerekçe olabilecek üç suçtan biri olarak saymasını (Buhârî, "Diyât", 6) gösterirler. Ayrıca Muâz b. Cebel'in Allah ve Resulü'nün, dininden dönenin boynunu vurmaya emrettiğini ifade ederek bu cezayı uyguladığı muteber kaynaklarda rivayet edilmiştir (Buhârî, "İstîtâbetü'l-mürteddîn", 2). Yine konuya ilişkin sahabe uygulamaları, özellikle Hz. Ebu Bekir döneminde baş gösteren ridde olaylarında mürtedlere karşı savaşılmaması fakihlerin dayanaklarından bir diğerini oluşturur.

Hanefilerin dışındaki mezheplere göre suçlunun kadın veya erkek olması arasında fark yoktur. Hanefiler ise sadece erkeklerin ölüm cezasına çarptırılacağını, kadınların cezalarının ise hapis olduğunu kabul ederler. Hanefilerin bu konuda ayırım yapmalarının sebebi sadece erkeklerin muharip grubuna dâhil olduğunu, dolayısıyla sadece onlardan İslâm'a bir zarar gelebileceğini düşünmeleridir. Hanefilerin bu yaklaşımından anlaşılabilir, ölüm cezasının

sebebinin irtidat olmadığı, potansiyel düşman askeri durumuna düşmek olduğu, dolayısıyla cezayı gerektiren hususun devlete ihanete sebep olabilecek bir durum içinde bulunmak olduğudur. Binaenaleyh kadın da olsa aynı tehlikenin kendisinden beklendiği kimselerin de öldürülebileceği görüşü Hanefilerce kabul edilmektedir.

Çağdaş bazı İslâm hukukçuları irtidat suçunun haddi değil ta'ziri gerektirdiği görüşündedirler. Zira bu kimselere göre Hz. Peygamberin yukarıda zikrettiğimiz, konuya mesnet teşkil eden hadisi devlet başkanlarına, böyle bir durumla karşılaştıklarında verilen ruhsatı ifade etmektedir. Durumun böyle olduğu bizzat Hz. Peygamberin bazı irtidat olaylarında failleri ölümle cezalandırmadığını gösteren örneklerden açıkça anlaşılmaktadır. Ayrıca İbrahim en-Nehaî ve Sevrî gibi bazı hukukçular irtidat edene ölüm cezası verilmez, ömür boyu tövbe etmeleri istenir görüşündedirler.

İslâm dini insanlara müslüman olmaları hususunda bir dayatmada bulunmamakta, dinde zorlamanın olmadığı ilkesini benimsemekte, insanlara inançlarının gereği gibi yaşama fırsatı vermektedir. İslâm'a girip girmeme hususundaki bu müsamahanın girdikten sonra çıkmaya yansımadağı görülmektedir. İslâm insanların kendi iradeleriyle girdikleri İslâm dininden çıkmayı suç saymakta ve failleri cezalandırmaktadır. Bunun sebebi ise her dinde ve her rejimde görülen kendini koruma hakkı ve zorunluluğudur. Yoksa İslâm hukuku kişilerin dinî emirleri yerine getirip getirmediğiyle -bu ihlaller aleniyete dökülüp dini hafife alma, din aleyhtarlığı yapma, başka inançların propagandasına dönüşme mahiyeti taşımadıkça- pek fazla ilgilenmez. Mesela namaz kılıp kılmadıkları, oruç tutup tutmadıkları kendi vicdanlarında saklı kaldığı sürece hukuki takibata konu olmaz. Çünkü bunlar Allah'a kulluk etmekle ilgili olup, kabulü samimiyete, halisane niyete bağlıdır.

II. KISAS, DİYET VE TAZİR CEZALARI

1. KISAS

Kasten işlenen yaralama, sakat bırakma ve öldürme olaylarında suçlunun işlediği fiile denk bir ceza ile cezalandırılmasına **kısas** denir.

İslam hukukunda kısas canda (*kısâs fi'n-nefs*) ve uzuvda (*kısâs fi-mâ dîne'n-nefs*, *kısâs fi'l-etrâf*, *kısâs fi'l-curûh*) olmak üzere iki bölüme ayrılmaktadır. Modern fıkıh literatüründe uzuvda kısas gerektiren yaralama ve organ zararlarına "**müessir fiiller**" denilmektedir. Kasıtlı adam öldürme ve müessir fiillerde kısas hakkına sahip olan kişi veya kişilere "men lehül-kısâs", "veliyyü'd-dem, "veliyyü'l-kısâs" gibi isimler verilmektedir.

a) Kur'an ve Sünnette Kısas

Kısas her iki şekliyle ilke olarak Kur'an ve Sünnet'te yer alır. Kur'an ve Sünnette haksız yere adam öldürme büyük günah sayılarak yasaklanmıştır.

Kur'an-ı Kerim'de;

Kısas farz kılınmış ve kısısta hayat olduğu belirtilmiştir:

"Ey iman edenler! Öldürülenler hakkında size kısas farz kılındı. Hüre hür, köleye köle, kadına kadın (öldürülür). Ancak her kimin cezası, kardeşi (öldürülenin velisi) tarafından bir miktar bağışlanırsa artık (taraflar) hakkaniyete uymalı ve (öldüren) ona (gerekten diyeti)

güzellikle ödemelidir. Bu söylenenler, Rabbinizden bir hafifletme ve rahmettir. Her kim bundan sonra haddi aşarsa muhakkak onun için elem verici bir azap vardır.” (Bakara, 2/178).

“Ey akıl sahipleri! Kısasta sizin için hayat vardır. Umulur ki suç işlemekten sakınırsınız.” (Bakara, 2/179).

Tevrat'ta da kısasın emredildiği dolayısıyla İslam şeriatı içinde geçerli olduğu belirtilmiştir:

“Tevrat'ta onlara şöyle yazdık: Cana can, göze göz, buruna burun, kulağa kulak, dişe diş (karşılık ve cezadır). Yaralar da kısastır (Her yaralama misli ile cezalandırılır). Kim bunu (kısası) bağışlarsa kendisi için o keffâret olur. Kim Allah'ın indirdiği ile hükmetmezse işte onlar zalimlerdir.” (Mâide, 5/45).

Adam öldürmede maktulün velisine kısası isteme yetkisi verilmiştir:

“Haklı bir sebep olmadıkça Allah'ın muhterem kıldığı cana kıymayın. Bir kimse zulmen öldürülürse, onun velisine (hakkını alması için) yetki verdik. Ancak bu velî de kısasta ileri gitmesin. Zaten (kendisine bu yetki verilmekle) o, alacağını almıştır.” (İsrâ, 17/33).

Maktulün velisi tarafından katilin affedilmesi halinde (Bakara, 2/178) veya hataen adam öldürmelerde diyet ödeneceğini belirtmektedir.

“Yanlışlıkla olması dışında bir müminin bir mümini öldürmeye hakkı olamaz. Yanlışlıkla bir mümini öldüren kimsenin, mümin bir köle azat etmesi ve ölenin ailesine teslim edilecek bir diyet vermesi gereklidir. Meğer ki ölünün ailesi o diyeti bağışlamış ola. (Bu takdirde diyet vermez). Eğer öldürülen mümin olduğu halde, size düşman olan bir toplumdansa ise mümin bir köle azat etmek lâzımdır. Eğer kendileriyle aranızda antlaşma bulunan bir toplumdansa ise ailesine teslim edilecek bir diyet ve bir mümin köleyi azat etmek gerekir. Bunları bulamayan kimsenin, Allah tarafından tövbesinin kabulü için iki ay peş peşe oruç tutması lâzımdır. Allah her şeyi bilendir, hikmet sahibidir.” (Nisâ, 4/92).

Kasten adam öldürenin ahirette de uzun süre cehennem azabı ile cezalandırılacağı ise şöyle ifade edilir:

“Kim bir mümini kasden öldürürse cezası, içinde ebediyen kalacağı cehennemdir. Allah ona gazap etmiş, onu lânetlemiş ve onun için büyük bir azap hazırlamıştır.” (Nisâ, 4/93).

Kur'an-ı Kerim, adam öldürme ve yaralamada kasıt ve hata ayırımı yapıp kısas ve diyet istemeyi mağdur için hak, infazı da toplum için görev olarak takdim etmiştir. Ayrıca diyeti kolaylık, affı da rahmet olarak sunup insan hayatını her yönüyle koruma altına almıştır.

Kısas kavramı hadislerde de “kısas” ve “kaved” şeklinde isim ve fiil kalıplarıyla sıkça geçmektedir.

b) Fıkıhta Kısas

Klasik fıkıh literatüründe kısas kelimesinin eş anlamlısı olan “*kaved*” terimi daha sık kullanılmaktadır. Hakların fıkıh usulünde yapılan dörtlü tasnifinde kısas gerektiren suçlar Allah (kamu) ve şahıs haklarının birlikte ihlâl edildiği, ancak şahsî hak ihlâlinin ön planda tutulduğu grup arasında yer almaktadır. Buna göre kısas cezasını gerektiren suçlar, takibi

şikâyete bağlı suçlar kapsamında yer almakta ve mağdurun bu cezayı af yetkisi bulunmaktadır. Ayrıca had cezalarının aksine dava hakkı mirasçılara intikal etmektedir. İslâm hukuk literatüründe kısas cezasına ilişkin hükümler “cinâyât”, “cirâh” veya “diyât” başlıkları altında müstakil olarak ele alındığı gibi bu cezanın bazı özel hükümlerine fıkıh kitaplarının “da’vâ” “sulh”, “şehâdât” gibi bölümlerinde yer verilmiştir.

Cinayetlerin kasten işlenmeleri halinde (*amd*) **asfî** ceza olarak kısas öngörülmüştür. Kasıt benzeri (*şibhü’l-amd*) veya taksirle (*hata*) işlenen cinayetlerde öngörülen *diyât ise bedel* ceza yani bir nevi tazminattır. *Kefâret* ise cezaî yönü de olan **ek** bir yükümlülüktür. Hadiste ayrıca, varisi olduğu kişiyi öldüren kimsenin mirastan mahrum olacağı hükmü **ek** bir ceza olarak getirilmiştir (*Tirmizî*, “Ferâiz”, 17).

1.1. Canda Kısas (Kısâs Fi’n-Nefs)

Canda kısas adam öldürme suçlarında söz konusu olan cezadır. Bu konuda en geniş ayırımı Hanefiler yapmaktadır. Onlar bu suçları beşe ayırırlar. Kasıt (*amd*), kasıt benzeri (*şibh-i-amd*), hata, hata hükmünde adam öldürme ve öldürmeye sebep olma (tesebbüben katl). Şafiî ve Hanbelîler de bu suçlarda kasıt, kasıt benzeri ve hata ile öldürme olmak üzere üçlü bir ayırım yaparlar. Malikîler ise kasıt ve hata ile adam öldürme olmak üzere ikili bir ayırımı giderler. Burada Hanefilerin ayırımı esas alınacaktır.

1.1.1. Kasten Öldürme (el-Katlü’l-*amd*)

Kelime olarak doğurtmak, bir şeye yönelmek anlamına gelen kasd, kavram olarak failin iradesinin hem fiile hem de ondan doğacak sonuca yönelmesini ifade etmektedir. Buna göre önceden tasavvur ederek veya böyle bir tasavvur olmaksızın bir kimseyi sonucunu bilerek ve isteyerek öldürmek kasten öldürme olarak kabul edilir. Hadislerde ve klasik fıkıh eserlerinde şahıslara karşı işlenen kasıtlı fiiller için *amd* kavramının kullanıldığı görülmektedir.

a) Unsurları ve şartları

Kısasın unsurları; fail, mağdur ve fiil teşkil eder. Suçun oluşumu için gerekli şartlardan önemlileri şunlardır:

1. *Suç failinin ceza ehliyetine ve hür iradeye sahip bir kimse olması şarttır.* Failden ceza sorumluluğunu (mükellef olma vasfını) kaldıran yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, bunaklık, uyku ve bayılma, hata ve ikrah gibi sübjektif sebeplerin bulunması belli ölçülerde suçun oluşmasına engel teşkil etmektedir. Çocuklarla akıl hastalan cezaî yönden sorumlu tutulmamakta, bunların kasıtlı fiilleri hükmen taksirli kabul edilmektedir. Ancak şer’î özürlerin dokunulmazlık konusunu ortadan kaldırmayacağı prensibi gereği bu durumdaki insanların başkalarına verdikleri bedensel zararlar kanunî temsilcilerine tazmin ettirilir.

2. *Fiilin kasten (amden) işlenmiş olması gerekir.* Kasıtlı suçların cezasının kısas olduğunda fakihler görüş birliği etmekle birlikte kastın ve taammüdün tanım ve ölçütü, failin hangi durumlarda kasıtlı davranmış sayılacağı konusunda farklı görüşler vardır. Meselâ Ebu Hanife kesici, delici, doğrayıcı alet ile öldürmeyi niyete bakılmaksızın kasten öldürme olarak kabul eder. Ebû Yûsuf, İmam Muhammed ise insan bünyesinin dayanamayacağı bir alet ve

şekille ölümün gerçekleşmesi durumunda bunlar yapısı itibariyle öldürücü nitelikte olmasa bile ölümün kasten olduğunu kabul etmektedir. Mâlikîler ise bu konuda aletin niteliğini değil, failin öldürme kastı taşımasını yani niyetini esas kabul ederler.

3. Mağdurun canını hukuken koruma altında (masun) olmalıdır. İslâm ülkesinin müslüman veya gayri müslim vatandaşların ya da ülkeye izinle girmiş yabancıların kan ve canları kural olarak hukuken koruma altındadır. Savaş veya aleyhinde yargı kararının kesinleşmesi sebebiyle can güvenliği bulunmayan (hederü'd-dem, mubâhu'd-dem) kimselerin öldürülmesi ise kısası gerektirmez.

4. Mağdurla failin hukukî statülerinin eşit olması gerekir. Kısasın uygulanabilmesi açısından mağdurla fail arasında aranan eşitlik şartlarının neler olduğu İslâm hukukçuları arasında geniş bir ihtilâf konusudur. Hanefîlere göre kasten adam öldürme suçuyla ilgili kısas uygulamasında suçlu ile mağdur arasındaki din, cins, hürriyet farkı bir engel teşkil etmez. İmam Malik ve Şafî'ye göre aralarında eşitlik bulunmadığı gerekçesiyle gayrimüslim karşılığında müslümanın, köle karşılığında hür bir kimsenin kısas edilmesine karşı çıkarlar.

5. Öldürme fiili hukuka aykırı olmalıdır. Kısas cezasına hükmedebilmek için fiilin gayri meşru olması, başka bir ifade ile fiili hukuka uygun hale getiren veya cezaî mesuliyeti ortadan kaldıran meşru emri icra, meşru müdafaa, zaruret hali gibi sebeplerin bulunmaması gerekir. Mağdurun öldürmeye rızâ ve onay vermesi o fiili suç olmaktan çıkarmamakla birlikte bunun failden kısas cezasını düşürüp düşürmeyeceği mezhepler arasında tartışmalıdır. Bu konuda temel ilke, mağdurun kendi aleyhine işlenecek kısas gerektiren bir suça rızâsının suçu mubah kılmayacağıdır. Ancak gerekçeleri farklı olmakla beraber Hanefî, Şafî ve Hanbelî mezheplerine göre mağdurun üçüncü kişinin kendisini öldürmesine rızâsı failden kısas mesuliyetini kaldırır, diyet ödemeyi gerektirir. Hanefîlere göre de adam öldürme suçunda mağdurun rızâsı şüphe doğuracağından dolayı kısas düşer.

6. Mağdurla fail arasında usul-fürû ilişkisi olmaması da gerekir. Doktrinde bu şart sadece usul açısından dikkate alınmıştır. Kasten fûrûnu, mesela oğlunu öldüren usule kısas öngörülmemekte, buna karşılık aynı suçun usule mesela babaya karşı işlenmesi kısas gerektirmektedir. Ancak İmam Mâlik adam öldürmede, öldürme kastının şüphe doğurmayacak kadar açık olması durumunda öldürdüğü çocuğuna karşı ana babanın da kısas edilebileceği kanaatindedir.

b) Cezası

Kasten adam öldürme suçu sabit olursa verilecek ceza suçlunun kısas edilmesi, yani öldürülmesidir. Ancak maktûlün yakınları (mirasçıları) veya bunlardan sadece birisi diyete razı olup kısıstan vazgeçerse veya karşılıksız olarak suçluyu affederse kısas cezası uygulanmaz. Ölenin yakınları kısıstan vazgeçip diyet konusunda anlaşmaları takdirde diyeti katilin kendisi öder. Bu durumda devletin ölüm cezası dışında uygun bir tazir cezası verme hakkı vardır.

Şafîî fakihlere göre kasten adam öldürme suçunda katilin ceza olarak ayrıca kefaret vermesi gerekir. Bu da ya bir köle azat etmek veya altmış gün ardı ardına oruç tutmak ya da altmış yoksulu doyurmaktır. Hanefilere göre ise bu durumda kefaret vermek gerekmez.

1.1.2. Kasıt Benzeri Öldürme (Şibh-i-amd)

Kasıt benzeri (şibh-i-amd) kavramından anlaşılan şey, fiilden ortaya çıkan sonucun, failin kastettiğinden daha ağır olmasıdır. Bu şekilde işlenen suçlarda failin iradesi hem harekete hem de muayyen bir sonuca yönelmekle beraber, ortaya çıkan sonuca yönelmemekte, yani sonuç, failin ulaşmak istediğinden daha ağır olmaktadır. *Mesela hareketiyle sadece dövme kastettiği halde ölümle sonuçlanan bir fiilde, failin iradesi, dövme hareketine tam olarak yönelmiştir.* Yani irade ile hareket arasında bir mutabakat vardır, fakat sonuç ile irade arasında aynı şekilde tam bir mutabakattan söz etmek imkânsızdır. Çünkü irade öldürmeye değil, müessir fiile (dövmeye) yönelmiştir. Yaralama fiili ölüme yol açtığından dolayı bu şekilde müessir fiiller için, modern hukukta **kasıt aşan** ve neticesi ölüme götüren müessir fiil kavramı kullanılmaktadır.

Bu tür müessir fiillerde adam öldürme kasıtı olmasa bile, müessir fiil kastının mevcudiyetinde şüphe yoktur. Bu şekilde meydana gelen ölümlerde, failin sonucu istemesi hususunda (kusurluluğunda) kasta benzer bir özellik bulunmaktadır. Bu benzerlikten dolayı bu şekilde işlenen adam öldürme suçları için klasik fıkıh kitaplarında teknik bir terim olarak **kasıt benzeri (şibh-i md)** kavramı kullanılmaktadır.

Bu durumda fail, gerçekten adam öldürmek istemediği halde fiili ile böylesine ağır bir sonuca sebebiyet vermiş olabileceği gibi, fiilini adam öldürme kasıtı ile de işlemiş olabilir. Aşırı sonuç istenmese bile, hareket belli bir sonuç kastedilerek işlendiğine göre, fiilin taksirli (hataen) olmadığı ortadadır. Geriye fiilin kasten mi yoksa kasıt benzeri ile mi meydana geldiği problemi kalmaktadır. Kasıt ile kasıt benzerini tespit etmede suçun işlendiği yer, zaman ve işleniş şekli ile suçta kullanılan aletler son derece büyük önem arz etmektedir.

Fakihler ölümün kasten değil kasıt benzeri ile olduğunu öldürme fiilinde kullanılan alete bakarak tespit ederler. Mesela Ebu Hanife'ye göre kesici ve delici bir alet kullanılmaksızın eylemin isteyerek yapılması durumunda ortada şibh-i amd niteliğinde adam öldürme vardır. Şibh-i-amdi kabul eden diğer fakihlere göre kesici ve delici olmak gibi sınırlayıcı bir şart olmaksızın adam öldürmede kullanılan alet, nitelik olarak adam öldürme için elverişli değilse bu aletle bir kimsenin bilerek ve isteyerek ölümle neticelenen fiili yapması durumunda şibh-i amd bir adam öldürme söz konusudur.

Malikîler Kur'an'da yer almadığı gerekçesiyle kasıt benzeri adam öldürmeyi ayrı bir suç çeşidi olarak değerlendirmezler. Onlar kasıt benzeri ile adam öldürmeyi kural olarak kasten adam öldürme kapsamında değerlendirmişlerdir. Diğer üç mezhep adam öldürmede kasıt benzerini prensip olarak kabul etmişlerdir.

Kasıt benzeri ile adam öldürme konusunda Kur'an'da herhangi bir hüküm bulunmamakta, konu ile ilgili hukukî mevzuatın kaynağını hadisler oluşturmaktadır. Kasıt benzeri öldürmede aletin belirleyici rol oynadığı esasını da hadise dayandırmak mümkündür.

Cezası

Kasıt benzeri ile işlenen cinayetlerde katilin akilesinin mağdur tarafa ağır diyet ödemesi ayrıca katilin keffaret vermesi gerekir.

1.1.3. Hataen Adam Öldürme (Taksirle öldürme)

Kısaltma, bir işi eksik yapma, noksanlaştırma anlamına gelen **taksir** kelimesi, hukuki bir terim olarak, *failin iradesinin fiile yöneldiği halde fiilden doğan sonuca yönelmemesini, fiili isteyerek yaptığı halde sonucu istememesini ifade etmektedir*. Av hayvanı veya düşman askeri zannederek bir insana ateş edip ölümüne yol açmak gibi. Bu anlamda fıkıh kitaplarında taksir kavramı yerine **hata (el-hata')** kavramı kullanılmaktadır. Hata kelimesi de failin iradesini yönelttiği fiilin, istediğinden farklı olarak meydana gelmesini ifade etmektedir. Hata'da failin iradesi suç sayılmayan bir fiile (sonuç) yöneldiği halde, fiilindeki veya kastındaki yanılğı veya yanlışlığı neticesinde suç sayılan bir fiil meydana gelmektedir.

İslam hukukundaki hata kavramıyla Türk ceza hukukundaki **taksir** kavramının muhtevalarının aynı olduğu ortaya çıkmaktadır.

İslam hukukunda cezaî sorumluluk, prensip olarak kastın mevcudiyetine dayandırıldığı için, kasdın bulunmadığı taksirli suçlardan dolayı cezaî mesuliyet öngörülmemekte, yani hata (taksir) meşru bir özür kabul edilmektedir. Bu konuyu “*Yanılarak (hataen) yaptıklarınızda size vebal yok, fakat kalplerimizin bile bile yöneldiğinde (taammüdde) günah vardır*” (Ahzab, 33/5) ayeti ile “*Ümmetimden yanılma (hata), unutma ve zorlama (ikrah) ile yaptıkları şeylerden (doğan cezai) sorumluluk kaldırılmıştır*” hadisi ortaya koymaktadır.

Ancak İslam hukukunda yerleşik şu kural bulunmaktadır: “*İslam ülkesinde canlar ve mallar dokunulmazdır, şer’î özürler, dokunulmazlık konusunu ortadan kaldıramaz.*” Buna göre suçun birinci derecede mağdurunun gerçek şahıslar olduğu suçlarda hata failden cezaî sorumluluğu (kıyas) ortadan kaldırmakta, fakat onun medenî yönden sorumlu olmasına (diyet, erş vs. ödemesine) engel teşkil etmemektedir.

Cezası

Hataen öldürmede katile diyet ödeme cezası verilmektedir. Bunu şibh-i amd’de olduğu gibi katilin âkilesi öder. Ebu Hanife ve Malik’e göre âkile ile beraber fail de ödemeye iştirak eder. Şafiî ve Ahmed b. Hanbel ise bu tür suçlarda failin ödemeye katılmayacağı görüşündedirler. Ayrıca katilin dini bir ceza olarak keffaret vermesi de gerekmektedir.

1.1.4. Hata Hükümünde Adam Öldürme (Hata Mecrasına Cari Adam öldürme)

Failin gayri ihtiyari bir eylem ile adam öldürmesidir. Hata ile adam öldürmeden farklı olarak bu tür adam öldürmede failin hiçbir kimseyi öldürmeye yönelik bir hareketi mevcut değildir. Bir kimsenin uyurken bir çocuğun üzerine düşüp onu öldürmesinde olduğu gibi ölüm olayı tamamen failin iradesi dışında meydana gelmiştir.

Bu suçun cezası da yine âkile tarafından ödenecek diyet ve fail tarafından yerine getirilecek olan kefarettir.

1.1.5. Sebep Olma Yoluyla Adam Öldürme (Tesebbüben Katl)

Fıkıhta doğrudan mağdurun (maktülün) bedenine yönelik bir fiille gerçekleşen ve fiille sonuç arasına başka bir iradi fiil girmeyen adam öldürmeye mübaşeretle adam öldürme adı verilir. Sebep olma yoluyla öldürmeye de tesebbüben adam öldürme denilmektedir. Tesebbüben adam öldürmede doğrudan değil, dolaylı bir sebep-sonuç ilişkisi vardır. Mesela bir kimse başkasının mülkünde bir kuyu kazar, bir kimse bu kuyuya düşer ve ölürse tesebbüben öldürme olayı ortaya çıkar.

Hanefiler dışındaki fakihler adam öldürmede mübaşeret ve tesebbüb ayırımı yapmayarak, filin kasıtlı olması halinde her iki halde de kısas sorumluluğunun doğacağını söylerler. Hanefiler, tesebbüben öldürme ve yaralamalarda hareketle sonuç arasında maddî illiyet bağı (mübaşeret) olmadığını gerekçe göstererek bu durumda faile kısas uygulanamayacağını kabul ederler. Hanefilerdeki hâkim görüşe göre tesebbüben adam öldürmenin cezası da âkile tarafından ödenecek olan diyettir. Fâilin ayrıca kefâret ödemesi de gerekmez.

1.2. Uzuvsda Kısas (Kısâs Fî-Mâ Dûne'n-Nefs): Müessir Fiiller

İslam hukukunda öldürme dışında yaralama, organlara zarar verme gibi fiillerde uzuvsda kısas söz konusudur. Klasik fıkıh eserlerinde kısasın bu çeşidi *kısâs fî-mâ dûne'n-nefs*, *kısâs fî'l-etrâf*, *kısâs fî'l-curûh* gibi terimlerle ifade edilir. Modern hukukta ise bu tür fiillere *müessir fiiller* denilmektedir.

1.2.1. Kasten Müessir Fiiller

Kasten işlenen müessir fiil, *haklı bir gerekçe olmaksızın bir insanın cisminde eziyet veren veya sağlığını ihlal eden ancak ölümüne yol açmayan bir fiilin bilinerek ve istenerek işlenmesidir*.

Kasten işlenen müessir fiillerde suçun iki unsuru vardır.

1. Mağdurun cisminde karşı işlenen ve sağlığını ihlal eden bir fiilin olması.
2. Bu fiilin kasten işlenmiş olması.

Bunlardan birincisine suçun *maddî unsuru*, ikincisine ise suçun *manevî unsuru* denilmektedir.

Tecavüz neticesinde ortaya çıkan bedenî ve cismanî zarar esas alındığında müessir fiilleri şu şekilde gruplandırmak mümkündür:

- a) Organın veya organ hükmündeki bir bölgenin bedenden tamamen ayrılması.
- b) Organın fonksiyonunu kaybetmesi.
- c) Baş ve çehrede meydana getirilen yaralar (*şicâc*).
- d) Baş ve çehrenin dışındaki bölgelerde meydana getirilen yaralar (*cirâh-curûh*).

Kasten müessir fiillerde suçun unsurları sabit olduğunda faile verilecek ceza kısastır. Ancak müessir fiillerde kısasın gerçekleşme imkânı her zaman mümkün veya kolay değildir. Kısasın uygulanmasının önemli şartlarından biri suçlu ile mağdur arasında hukuki statü açısından bir denkleğin mevcut olmasıdır. Bu şart özellikle kasıtlı müessir fiillerde belirleyici bir nitelik taşır. Çünkü kasten adam öldürme suçuyla ilgili kısas uygulamasında suçlu ile mağdur arasındaki din ve hürriyet farkını bir engel olarak görmeyen Hanefiler bile

müessir fiillerde hürriyet, cinsiyet ve İslam ülkesinde sürekli ikamet etme (vatandaşlık) açısından denklik aramaktadır. İmam Mâlik, Şafî ve Ahmed b. Hanbel ise müslüman olmayı ve hürriyeti esas kabul etmişlerdir. Bu noktalarda bir denksizliğin mevcut olması halinde kısas uygulanmaz.

Diğer taraftan müessir fiillerde kısasın uygulanabilirliği suçun ve cezanın maddî konusunun eşit olması şartına bağlıdır. Adam öldürme suçunda kısas cezasına hükmedebilmek için mağdurun canlı insan olması yeterli görülmüş, fail ile mağdurun hukukî statüsü ve organlarının fizikî bütünlük ve sağlamlığı dikkate alınmamıştır. Yani organları sakat ve eksik olan ya da fonksiyonel olmayan kişiye karşılık sağlam, akıl hastasına karşılık akıllı, çocuğa karşılık ergen kişilerin kısas edilebileceği kabul edilmiştir. Buna karşılık müessir fiillerde kısas cezasının verilebilmesi için mağdurun yok edilen organı ile failin kısas uygulanacak organının anatomik ve fonksiyon olarak birbirine eşit olması şartı aranmıştır. Müessir fiillerde tecavüze mâruz kalan organla (suçun maddî konusu) kısas uygulanacak organ (cezanın maddî konusu) arasında nitelik olarak eşitlik şartı aranır. Buna sağ ve sol şeklindeki çift organlar da dahildir. Organlar arasında fonksiyonel eşitlik de gerekir. Kısas, eşitlik esasına dayandığından organın yok edilen fonksiyonu ile kısas sonucundaki fonksiyon kaybının eşit olması şartı aranmıştır. Bu şart gereği, sakat veya noksan bir organa karşılık sağlam organ kısas edilemeyeceği gibi kısmen izâle edilen bir fonksiyona karşılık bir fonksiyonun tamamen izâlesine yol açan bir kısasa da gidilmez.

Suç-ceza dengesini sağlama amacına yönelik olarak müessir fiillerde ayrıca kısasın tam olarak infaz edilebilir olması şartı aranmıştır. Bu ise mağdurda meydana getirilen bedenî zararın aşırılığa gitmeksizin aynı miktar ve oranda faile uygulanabileceğinden de emin olunması demektir. Mağdurun mâruz kaldığı ölümle sonuçlanmayan ağır müessir fiil karşılığında faile kısas uygulandığında bunun ölüme yol açması kuvvetle muhtemel ise kısastan vazgeçilip zorunlu olarak malî bedel (erş-diyet) ödenmesine gidilir.

Kasten işlenen müessir fiillerde kısasın uygulanmadığı veya affedildiği her durumda sıra diyete gelmektedir.

1.2.2. Hataen (Taksirle) İşlenen Müessir Fiiller

Hataen müessir fiil, *müessir fiil işleme kastı olmaksızın tedbirsizlik, dikkatsizlik, emir ve nizamlara riayetsizlik sonucu bir kimsenin cismine eza veren, akli melekelerinde teşevvüğe sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü bozan ancak ölümle sonuçlanmayan fiiller* olarak tanımlanabilir. Avlanma kastıyla bir av hayvanına ateş etmek, ancak yanlışlıkla, onun yerine bir insanı ağır bir şekilde yaralamak veya kanı hukuken teminat altında (masun) olmayan bir düşman askeri olduğu zannıyla ateş edip bir müslümanı yaralamak örneklerinde olduğu gibi.

Uyku esnasında, kişinin, yan tarafına dönerken, yanında yatmakta olan çocuğun bir organının kırılmasına sebep olması örneğinde olduğu gibi, bazen de failin iradesi ne bir fiile ne de sonucuna yönelmemekle beraber, gayri ihtiyari de olsa fail, kendi hareketiyle suç sayılan zararlı bir sonucun sebebi olmaktadır. Bu şekilde vukû bulan müessir fiillere de,

taksirli müessir fiillere öngörülen hükümler tatbik edildiği için bunlara *hata hükmünde (hata mecrasına cari) müessir fiiller* denilmektedir.

Hataen (taksirle) işlenen müessir fiillerde failin âkilesinin diyet ödemesi gerekmektedir.

2. DİYET

Klasik fıkıh eserlerinde **diyet** biri geniş diğer dar olmak üzere iki anlamda kullanılır. Geniş anlamda diyet, cinayetlerde mağdur tarafa ceza ve kan bedeli olarak ödenen mal ve parayı ifade etmektedir. Bu anlamda hem haksız yere adam öldürmede hem de yaralama ve sakat bırakmada ödenen mali bedellerin hepsine diyet denilmektedir. Dar anlamda *diyet* ise sadece adam öldürmede ödenen bedel için kullanılmaktadır. Ölümle sonuçlanmayan belli yaralama ve sakat bırakmalarda ödenen ve miktarı belirlenmiş bulunan bedele *erş*, erşin dışında kalan ve miktarı yetkili mercilerce takdir edilecek olan cinayet bedeline de *hükümet-i adl* denilmektedir. Ancak yaralama ve sakat bırakmaların malî ceza ve bedelini takdirde de yine nefsin diyeti esas alınmaktadır.

2.1. Adam Öldürmede Diyet

Kasten adam öldürmede aslî ceza kısas olduğundan diyet ancak hak sahibinin kısastan vazgeçmesi veya kısasın herhangi bir sebeple mümkün olmaması durumunda devreye giren ikinci derecede (bedeli) bir ceza görünümündedir. Kasıt benzeri (şibh-i amd) ve hataen öldürmelerde ise diyet aslî ve ilk cezadır. Hata hükmünde olan cinayetlerle tesebbüben işlenen cinayetler de bu grupta değerlendirilir.

Diyet miktarı, Hz. Peygamber'den rivayet edilen hadislerle Hulefâ-yi Râşidîn'in söz ve uygulamalarında ayrıntılı olarak geçer. Hz. Peygamber birçok hadisinde bunu 100 deve olarak ifade etmiştir. Bazı hadislerde diyet miktarı 1000 dinar altın, 12.000 dirhem gümüş, hatta 200 sığır, 2000 koyun veya 200 elbise olarak da geçer. İmam Şâfîî, İbn Hazm ve Hanbelî fakihlerinin çoğunluğuna göre diyetle sadece deve asıl olup diğerleri onun değerini açıklayan bir nitelik taşır. Ebû Hanîfe, İmam Mâlik ve bazı Hanbelîler'e göre diyetle deve, altın ve gümüşün üçü de asıldır. Ancak Hanefîler, Hz. Peygamber devrinde 1 dinarın 10 dirhem değerinde olması ve Hz. Ömer'in bu yöndeki uygulamasından hareketle gümüşten diyetin 10.000 dirhem olduğunu ileri sürerler.

Cinayetin kasten veya hataen işlenmesine bağlı olarak diyetin ağırlaştırılıp hafifletilmesi, İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre sadece diyetin deveden verilmesi halinde söz konusudur. Azınlıkta kalan bazı âlimler ise kasıt ve kasıt benzerinde develerin değerindeki artış oranının altın ve gümüşe de yansıtılması ve onlarda da ağırlaştırmaya gidilmesinin gerektiği kanaatindedir.

2.2. Yaralama ve Sakat Bırakmada Diyet

Ölümle sonuçlanmayan cinayet ve yaralamalarda, kısasa gidilmeyen durumlarda aslî ceza olarak malî bedel ödenir. Bu bedel genel anlamıyla diyet, özel anlamıyla “**erş**” ve “**hükümet-i adl**”dir. Yaralama ve sakat bırakmalarda mağdurun tam diyet miktarı esas alınır. Yaralamanın derecesi, suçun işleniş tarzı, yaralama ve sakatlamanın yol açtığı kayıp, organın hayatî fonksiyonu, tek-çift oluşu gibi hususlar ayrı ayrı göz önünde bulundurulup tam diyetle

göre belli oranlar veya miktarlar belirlenir. Mesela vücutta tek bulunan uzuvların yok edilmesi veya işe yaramaz hale getirilmesi tam diyeti (öldürmede söz konusu olan diyeti) gerektirir. Çift uzuvlardan biri için diyetin yarısı, dört adet olan uzuvlardan biri için diyetin dörtte biri ödenir. Bu şekilde oranları sabit bir şekilde belirlenen diyete “erş” adı verildiğini daha önce belirtmiştik. Kur’ân ve Sünnet’te belirtilmeyen ve sınırlanmayan yaralama ve sakatlama suçlarında ne kadar diyet ödeneceği ise devletin yetkili organlarına bırakılmıştır ki, buna da “**hükûmet-i adl**” denilmektedir.

İnsanın şahsına, şahsiyetine, vücuduna, maddi iz bırakmayarak, zarar veren haksız fiiller vardır. Bu şekilde zararlı fiile maruz kalan kişi, bu fiilin bedeni üzerindeki etkisiyle acı çeker, ruhen ıstırap duyar. Günümüz beşerî hukuk sistemlerinde “manevi zarar” kapsamında yer alan bu zarar, İslam hukuku kaynaklarında “elem” sözcüğü ile, bu türden zararların tazminatı ise “hükûmetü’l-elem” veya “erşü’l-elem” kavramıyla ifade edilmiştir. Ayrıca bazı kaynaklarda iyileşip de izi kalan yaralar ile bu yaraların sebep olduğu elem, acı ve ıstırapların tazmininin birlikte söz konusu olduğu durumlarda “hükûmetü’l-elem” kavramı, “hükûmetü’ladl ile aynı anlamda kullanılmıştır.

2.3. Diyet Sorumlusu ve Ödeme

İslâm hukukunda diyet bir yönüyle ceza, bir yönüyle de tazmin niteliğindedir. Bu yüzden cinayeti işleyenin cezaî ehliyetinin bulunmaması kisasın uygulanmasına engel olsa bile diyet yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Buna göre cinayeti işleyenin çocuk, deli, gayrimüslim, köle, kadın vb. olması diyeti etkilemez.

Kasten adam öldürmede diyetin ceza olma karakteri ağır basar ve diyeti tek başına katil üstlenir. Kastın yanı sıra sulh ve itiraf halinde de katil diyeti tek başına öder. Fakihlerin çoğunluğuna göre çocuk ve delinin kasten adam öldürmesi hataen katil hükmünde iken İmam Şafî bu durumda diyetin deli ve çocuğun malından ödenmesinin gerektiğini ileri sürer. Kasıt benzeri ve hataen öldürmelerde ise kefareti katil, diyeti de âkile üstlenir.

2.3.1. Âkile

“Akile”, kasıt unsuru bulunmayan veya kasıt benzeri olan öldürme veya yaralama olaylarında suçlu adına diyet ödemeyi yüklenen şahıslar topluluğudur. Hanefiler dışındaki mezheplere göre suçlunun âkilesi, onun “asabe”si yani araya kadın girmeyen erkek akrabalarıdır. Hanefilere göre ise suçlunun âkilesi öncelikle onun bağlı bulunduğu divan üyeleridir. Bunlar, aynı ücret siciline kayıtlı askeri birlik mensuplarından oluşur. Hanefiler daha sonra belli bir bölgedeki aynı sanat ve meslek erbabı ile işçilerin de kendi aralarında âkilenin fonksiyonunu icra edebileceklerini kabul etmiştir.

2.3.2. Kasâme

Diyet ödeme yükümlülüğünün paylaşılmasıyla ilgili bir başka uygulama örneği de “kasâme”dir. Kökü İslâm öncesi döneme dayanan bu âdete göre bir bölgede işlenen faili meçhul cinayet sonrasında, o bölge halkından elli kişiye suçlu işlemediklerine ve katilin kimliğini bilmediklerine dair yemin ettirilir, ardından da maktulün diyeti o bölge halkına ödettirilir. Bu işleme fıkıhta *kasâme* adı verilmektedir.

3. TA'ZİR

Arapça'da "çevirmek, reddetmek, menetmek, uslandırmak" anlamlarına gelen ta'zir bir İslam hukuku terimi olarak *had ve kısas dışında kalan, yani naslarla belirlenmemiş olup takdir ve tayini devlet başkanına veya onun vereceği yetkiyle hâkime bırakılmış bulunan cezaları* ifade etmektedir.

Had, kısas ve diyet gerektiren suçların dışında kalan fiillerin ne derece suç olduğu ve hangi tür yaptırım ile cezalandırılacağı İslam'ın genel ilke ve gayeleri doğrultusunda belirlenir ve uygulanır. İslam hukukçuları bu grup cezaların **ölüm, celde, hapis, sürgün, kınama, tehdit, nasihat, tazmin ve malî ceza** şeklinde verilebileceğini kabul ederler. Ancak hangi suç için hangi cezanın uygulanacağı ve bunun üst sınırının ne olacağı, ta'ziren ölüm cezasının cevazı gibi konularda farklı görüşler vardır.

3.1. Özellikleri

Tazir cezaları had ve kısas cezalarından özellikle şu noktalarda ayrılmaktadır:

1. Had ve kısas cezalarında hâkim için bir takdir hakkı yoktur. Ta'zir cezalarında ise hâkim suçlunun durumuna göre farklı cezalar takdir edebilir.
2. Hadlerde af geçerli değilken, ta'zir suçlarında belirli şartlarla af mümkündür.
3. Had ve kısas cezalarında suçun ikrar veya kanuni delil sistemiyle ispatı gerekir. Ta'zir suçlarında ise bu konuda daha müsamahalı davranılmıştır.
4. Cezaî ehliyet noktasında da had ve kısas cezalarıyla ta'zir cezaları arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır.

3.2. Kısımları

Ta'zir cezaları esas itibarıyla iki kısma ayrılmaktadır:

1. Birinci grup ta'zir cezaları aslında had ve kısas suçu iken suçun unsurlarındaki bir eksiklik veya mağdurun veya yakınlarının suçluyu affetmesi sebebiyle had ve kısas cezasının uygulanmaması durumunda cezanın ta'zir cezasına dönüşmesi suretiyle oluşan cezalardır.
2. İkinci grup ta'zir cezaları ise had ve kısas suçlarından olmayan ve düzenlenmesi doğrudan devlete bırakılan suçlarla ilgilidir.

Ta'zir cezalarını Allah ve şahıs haklarına yönelik cezalar olarak da ayrı bir sınıflamaya tabi tutmak mümkündür.

3.3. Tazir Cezalarında Geçerli Olan Esaslar

Ta'zir suçlarında cezanın suçla orantılı ve suçluya uygun olması ve toplumda kötülüğün yayılmasını önleyecek bir ağırlıkta olması gerekir. Ancak ta'zir cezalarının en üst sınırının ne olacağı İslam hukuk doktrininde geniş tartışmalara konu olmuştur. Fakihler bu konuda ikili bir ayırım yapmaktadırlar.

1. Aslında had ve kısas suçları olduğu halde unsurlarındaki bir eksiklikten veya diğer bir sebepten dolayı had ve kısas suçu oluşmayıp ta'zir suçu sayılanlar. Bu tür suçlar ilke olarak bunlar için öngörülen had ve kısas cezalarından daha hafif bir ceza ile cezalandırılır.

2. Had ve kısas suçları grubuna girmeyip aslında ta'zir suçu sayılan suçlarda devlet başkanının suçu önleyici uygun bir cezayı belirleyebileceği kabul edilmektedir. İmam

Malik'e göre bu cezalarda herhangi bir üst sınır söz konusu değildir. Ebu Hanîfe de ta'zir cezası olarak idam cezası verilebileceğini söyler. Bazı fakihler ise ta'zir cezalarının had ve kısas cezalarının altında kalması gerektiği görüşündedir.

İslam hukukçularının geneli toplumun yararı gerektirdiğinde had cezaları ile ta'zir cezalarının birleştirilebileceği kanaatindedirler. Malikîler de cezanın kısas olmadığı adam öldürme ve yaralamalarda bunlar için öngörülen cezalarla ta'zirin birleşebileceğini söylerler.

DÖRDÜNCÜ HAFTA

ÜNİTE IV: YARGI (EDEBÜ'L-KÂDİ)

KONULAR:

GİRİŞ

1. Kaza Kavramı
2. Yargı Görevi
3. Yargı Teşkilatı ve Unsurları
 - 3.1. Mahkeme
 - 3.2. Mahkeme Çalışanları
 - 3.2.1. Kadı (Hâkim)
 - 3.2.2. Kâtip
 - 3.2.3. Sâhibü'l-meclis (mübâşir)
 - 3.2.4. Muhzır
 - 3.2.5. Müzekkî
 - 3.2.6. Tercüman
 - 3.2.7. Kâsım
 - 3.2.8. Seccân
 - 3.3. Dava
 - 3.3.1. Taraflar
 - 3.3.2. Dâva Konusu
 - 3.3.3. İrade Beyanı
 - 3.3.4. Yargı Mercii
 - 3.4. Hüküm

4. Yargılama Usulü
 - 4.1. Davanın Görülmesi
 - 4.2. İspat Vasıtaları ve İspat Yüğü
 - 4.2.1. Şahitlik
 - 4.2.2. İkrar
 - 4.2.3. Yemin
 - 4.2.4. Yeminden kaçınma (nükul)
5. Edebü'l-Kâdi Literatürü

AMAÇLAR

1. İslam muhakeme hukukunun hakkında genel olarak bilgi sahibi olmak
2. Muhakeme hukukuyla ilgili kavramların anlamlarını günümüz hukukuyla karşılaştırarak tanımlayabilmek
3. Yargılama hukukunun temel unsurlarını açıklayabilmek
4. Muhakeme hukukuyla ilgili literatürü bilmek

HAZIRLIK SORULARI

1. “Kâdi, hüküm, şahit, kaza ve muhakeme” kavramlarının anlamlarını araştırınız.
2. Bir fıkıh kitabının fihrisini inceleyerek muhakeme hukukuyla ilgili ana başlıkları tespit ediniz.
3. İslam hukukunda ispat vasıtaları neler olduğunu araştırınız.
4. TDV İslam Ansiklopedisinden “Kaza, Muhakeme, Kâdi, Şahit” maddelerini okuyunuz.

MUHAKEME USULÜ HUKUKU

GİRİŞ

Türk hukuk literatüründe usul hukukundan maksat, devlet organları olan mahkemelerin adâleti tevzi ederken takip edecekleri usulü düzenleyen hukuktur. Bu hukuk “*hukuk muhakemeleri usulü*” ve “*ceza muhâkmeleri usulü*” olmak üzere iki kısma ayrılmıştır.

Birincisi, hususi hukuka ait anlaşmazlıkları çözerken mahkemenin takip edeceği usulü düzenlemektedir.

İkincisi ise toplum düzenini bozanların takip edip cezalandırırken adli makamların ve mahkemelerin takip edecekleri usulü düzenlemektedir.

İslâm muhâkeme hukukuna dair konular, klasik fıkıh kitaplarının *kaza, dava, şehadet, beyyinât, ikrar* vb. bölümleri ya da sadece bu konuya tahsis edilmiş olan *edebü'l-kâdî* başlığı altında inceleme konusu yapılmaktadır. Bu alan, hâkim (kadı), mahkeme, davacı ve davalı taraflar, deliller, yargılama prosedürü ve adliye teşkilatıyla ilgili konuların ele alındığı özel bir türdür. Bazen ebebü'l-kadâ (yargı esas ve prosedürü) ismiyle de anılan bu türün önemli bazı örnekleri şunlardır:

- Hanefî hukukçu Hassaf'ın *Edebü'l-kâdî*'si;
- et-Trablusî'nin *Muînu'l-hükkâm*'ı
- Şafîî hukukçu Mâverdî'nin *Edebü'l-kâdî*'si;
- Mâlikî fakîh İbn Ferhun'un *Tebşiratu'lhukkâm*'ı.

Ebebü'l-kâdî türü içinde bir alt tür olarak görebileceğimiz önemli bir alan da **Sicil ve Şurut** eserleridir. Fıkıh tarihinde erken dönemlerden itibaren mahkemelerde görev yapan kadılar, geniş yetki ve görevlere sahip olup gördükleri çeşitli davalarla ilgili çeşitli bilgileri ve mahkeme kararlarını kaydetmişlerdir. Sicil, ya da sicillât terimi daha çok bu kayıtları ifade etmektedir. Bu tür siciller, özellikle *Şeriye Sicilleri* denilen kayıtlar, hukuki hayat, hukuk tarihi ve İslam hukukunun pratikte uygulanmasıyla ilgili değerli bilgiler ihtiva eder.

Şurut ilmi ise mahkeme süreciyle ilgili kayıtlar, noterlik ve kanun önünde geçerli olup gerektiğinde mahkemelerde delil olarak kullanılacak tarzda resmi-hukuki belge düzenleme esaslarının tespitini konu edinir. “*Şurut ve sicillât ilmi*” ifadesi birbiriyle alakalı olan bu iki alanı birlikte ifade eder.

Şurut ilmine *sakk* ya da *vesika* ilmi de denilebilmektedir. Sicil ve şurut türü eserler fıkıhın tarihi gelişimi içerisinde teori ve pratiğin birbirinden kopuk olmadığını göstermesi bakımından son derece önemlidir.

Hanefî alim Tahavî'nin eş-Şurûtu'l-kebir'i bu türün önemli örneklerindedir.

Not: el-Ahkâmu's-sultâniyye nev'indeki kitaplar içinde de usul hukukuna yer verilmiştir.

Usul hukuku konusundaki ilk kanun Mecelle'dir. Mecelle, hukukun, borçlar, esya hukuku gibi branşlarını kanunlaştırırken usûl hukukunu da kanunlaştırmış ve bu hukuka üç kitap (bölüm) ayırmıştır. Bunlardan birinci kitap “Dava”, ikinci kitap “Beyyinat ve Tahlif”, üçüncü kitap ise “kaza” isimlerini taşımaktadır ve bu kitaplar Mecelle'nin 14., 15. ve 16. kitaplarını teşkil etmektedir Mecelle'de Dâva bölümü 63, Beyyinat ve tahlif bölümü 108, Kaza bölümü ise 68 olmak üzere usûl kanunu toplam 239 maddeyi ihtiva etmektedir (Bak, Mecelle, mad. 1613-1851)

Mecelle'den sonra yine yerli ve islami kökten gerekli usul kanunlarını yapmak, mevcudu islâh ve ikmâl etmek için yapılan çalışmalar semeresini vermeden yabancı kökenli usul kanunları iktibas edilmiştir.

Modern Çalışmalar:

1. Abdülaziz Bayındır, *İslam Muhakeme Hukuku: Osmanlı Devri Uygulaması*
2. Fahreddin Atar, *İslam Adliye Teşkilatı: (Ortaya Çıkışı ve İşleyişi)*
3. Ahmed Fethi Behnesi, *el-Husûmetü fi'l-Fıkhî'l-İslami*
4. Nasi Aslan, *İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri*
5. Ayhan HIRA, *İslam Hukukunda Gıyabi Yargılama*

Konuyla İlgili Bazı Terimler

1. Hüküm: İslam hukukunda hüküm kelimesi, devlet idâresini, çeşitli kararları ve muhakeme sonunda verilen kararı ifâde ettiği için manası, mahkeme kararı, mânasındaki kazadan daha geniştir. Ancak Mecelle kaza kelimesini -hüküm ve hâkimlik diye geniş manada aldığı için (mad. 1784) hükmü dar (üçüncü) mânasıyla almış ve şöyle tarif etmiştir “Hâkimin muhakemeyi sonuçlandırmasıdır.” (md. 1786). Bu da iki kısma ayrılır: Dâvacı dâvasında haklı çıkarsa buna “*istihkak hükmü*”, dâvasında haklı çıkmazsa buna da «*terk hükmü*» denir

2. Hâkim: İnsanlar arasında meydana gelen nıslmazlıkları hukuk usûl ve hükümlerine uygun olarak çözmek ve sonuçlandırmak üzere devlet baskani tarafından tayin edilen zattır.

3. Mahkûm bih: Hâkimin muhâkeme sonunda hükmettiği şeydir. Bu da haklı çıktığında dâvacının hakkının ifası, haksız çıktığında da dâvacının dâvasından vazgeçmesidir.

4. Mahkûm Leh: Lehine hükmolunan kimsedir. (md. 1788)

5. Mahkum aleyh: Hâkimin aleyhine hükmettiği şahıstır. (md. 1789)

6. Tarik: Yol mânasına gelen bu kelimedden maksat, hâkimin hükme varma yoludur. Fıkıh bilginleri “buna hükmün sebepleri (esbabu'l-hukm) demişler ve bunları yedi olarak tesbit etmişlerdir:

a) Karine-i Katı'a: Açık ve kesin emare, işaret, bir nevi delil demektir. Mesela elinde kanlı bir bıçakla telaşlı ve korkulu bir halde bir evden çıkan kimsenin bu hâli, orada henüz bıçaklanıp öldürülmüş bir kimsenin -evde başka birisi yoksa- katili sayılması için kesin karinedir. Mecelle bunu “Kesin bilgi sınırına ulaşan emaredir.” şeklinde târif eder. (md. 1741).

b) Şehâdet: Şâhidlik etmektir.

c) İkrar: Davacının iddiâsını kabullenme haklılığını itiraf etmektir.

d) Yemin: Usulüne uygun olarak andiçmek, yemin etmek.

e) Yeminden nükûl: Teklif edildiği halde yemin etmek istememek, yemin etmekten kaçınmaktır.

f) Kasâme: Şartları gerçekleşince, faili mechul cinayetlerde, maktulün bulunduğu yerde oturanlardan seçilmiş elli kişinin «ben öldürmedim ve öldüreni de bilmiyorum» diye yemin etmesidir.

g) Hâkimin ilmi: Dava konusunda hâkimin bilgi sahibi olması, iddiâ edilen şeyin doğru olup olmadığını, vukubulup bulmadığını bilmesidir. Meselâ bir öldürme hadisesine yahut borçlanma olayına hâkim şahid olabilir ve bu sebeple de -bilâhare kendisine getirilen- dava konusunda önceden bilgi sâhibi olmuş olur.

1. Kaza Kavramı⁵

Türkçe’de kazâ şeklinde telaffuz edilen kadâ’ kelimesi, Arapça’da masdar olarak “sona erdirmek” anlamı etrafında toplanabilecek şekilde “hüküm vermek, ihtiyacı gidermek; borcu veya ibadeti ifa etmek, bildirmek, tamamlamak, ilişkisi kesmek; öldürmek”, isim olarak da “hüküm, yargı kararı, yargı görevi, yargı gücü; kader, edâ; ölüm” gibi geniş bir anlam yelpazesine sahiptir. Kelime fıkıh literatüründe ibadetler alanında edanın karşıtı olarak “bir ibadetin vakti dışında yerine getirilmesi”, muâmelât alanında ise “yargılama hukuku” ve “yargı kararı” şeklinde iki önemli terim mânası kazanmıştır. Mecelle’de “hüküm ve hâkimlik” (md. 1784) şeklinde tanımlanır. İslâm hukukçularınca genelde yargılama hukuku anlamını ön plana çıkarılarak “insanlar arasında meydana gelen niza ve ihtilâfları usulüne uygun olarak sonuçlandırmak.” Anlamında kullanmışlardır.

Yargılama yapmak ve karar vermek üzere tayin edilen memura kâdî (çoğulu kudât), verdiği karara kazâ (kadâ; çoğulu akdiye), kararın dayanak ve gerekçesine “tarîk-ı kazâ” (esbâb-ı hüküm), kadının yargılama esnasında uymakla yükümlü olduğu kurallara “*edebü’l-kâdî*” (*edebü’l-kazâ*), kadının davaları dinlediği ve karara bağladığı mekâna da (mahkeme) “meclisü’l-kazâ, meclisü’ş-şer‘, meclisü’l-hüküm” denir.

⁵ Bu başlıkla ilgili notlar DİA, “Kazâ” md.’sinden özetlenerek alınmıştır.

Sözlükte “iyileştirmek amacıyla engel olmak, karar vermek; yargı, hikmet, adalet” gibi anlamlara gelen “hüküm” kelimesinden hareketle, zalimin zulmüne engel olup hakkı sahibine iade ettiği için Kadı’ya hâkim denilmiştir. Verdiği kararlarla “hakkı yerli yerine koyduğu” için hüküm adı verilmiştir.

İnsanlar arasında meydana gelen anlaşmazlıkların çözümlenmesi, tecavüzlerin ortadan kaldırılması ve suç teşkil eden fiilleri işleyenlerin cezalandırılması bir arada yaşamanın gerektirdiği bir zorunluluktur. Bir toplumda bireylere, ihlâl edildiğini düşündüğü hakkını bizzat alma hakkı tanınması (*ihkak-ı hak*) kamu düzeninin bozulması ve anarşinin hâkim olmasıyla eş anlamlıdır. İhtilâfların sulh, hakem ve fetva yoluyla çözümlenmesi de arkasında cebrî yaptırım ve kamu desteğini taşımadığı için her zaman beklenen sonucu vermez. Bunun için de zayıfı koruyacak, haklıyı haksızdan ayıracak ve hakkı çiğnemen kimsenin hakkını sahibine geri verecek, suçluyu tesbit edip onu cezalandıracak kamu otoritesine ve yaptırım gücüne sahip bir kuruma ihtiyaç vardır. Bu da yargı kuvveti ve kurumudur. Yargının nihâî hedefi ise adaleti gerçekleştirmektir. Bu amacından dolayı yargı terimi zamanla adalet kelimesiyle özdeşleşmiş ve yargı kurumu tabiri yerine adalet kurumu (adli teşkilât, adliye) tabiri kullanılmıştır. İslâmî öğretilerde adaleti temin imandan sonra en faziletli bir ibadet, yargı görevi de kutsal bir görev sayılmıştır.

2. Yargı Görevi⁶

Klasik dönem İslâm hukukçuları devletin fonksiyonlarını *yasama, yürütme ve yargı* şeklinde bir ayırıma tâbi tutmayıp bunların hepsini halifenin yetki ve sorumluluğu alanına giren görevler olarak telakki etmişler, onun gerekli gördüğü alanlarda kamu yetkililerini tayin ederek, yargı alanında da kadılar görevlendirerek ve mahkemeler kurarak bu vazifesini yerine getirebileceğini söylemişlerdir. Bununla birlikte *âlimlerin çoğunluğu kadıların halife adına değil kamu adına görev yaptıklarını*, dolayısıyla kadıların görevlerinin kendilerini tayin eden halifenin görevden ayrılmasıyla sona ermeyeceğini belirterek yargının devletin fonksiyonları içinde sahip olduğu konuma da işaret etmişlerdir. İslam devletlerinde ilk dönemlerden itibaren yargı kurumu devlet kurumları arasında seçkin bir yere sahip olmuş, kadıların tayin ve azli devlet başkanına bağlı olsa da işleyiş ve adaleti gerçekleştirme yönüyle siyasî idareden bağımsız faaliyette bulunmuştur.

Devlet başkanları yargı ve yürütme yetkilerini ellerinde toplamış olmakla birlikte ilk dönemlerden itibaren çeşitli bölgelere yargı için ayrı, yürütme için ayrı görevliler tayin edilmeye başlanmıştır. Hz. Ömer’in valilerden ayrı olarak kadı da tayin ettiği bilinmektedir.

İslâm devletlerinde ilk dönemlerden itibaren yargı kurumu devlet kurumları arasında seçkin bir yere sahip olmuş, kadıların tayin ve azli devlet başkanına bağlı olsa da işleyiş ve adaleti gerçekleştirme yönüyle siyasî idareden bağımsız faaliyette bulunmuştur. Ayrıca halifenin yargı yetkisini elinde bulundurması ona kazai bir dokunulmazlık sağlamış da

⁶ Bu başlıkla ilgili notlar DİA, “Kazâ” md.’sinden özetlenerek alınmıştır.

değildir. Halife kendisinin taraf olduğu davalarda herkesin yargılandığı mahkemelerde yargılanmak durumundadır. İslam hukuk tarihinde halifenin bizzat taraf olduğu ve diğer şahıslarla aynı muameleyi gördüğü davaların çok sayıda örnekleri mevcuttur.

3. Yargı Teşkilatı ve Unsurları⁷

Yargı teşkilatı şu nusurlardan oluşur:

3.1. Mahkeme

Yargı görevinin ifa edildiği yer *mahkemelerdir*. Arapça’da hükm kökünden mekân ismi olan mahkeme (çoğulu mehâkim) kelimesi sözlükte “hüküm verilen yer, yargılama yeri” anlamındadır. Fıkıh terimi olarak kadıların içinde davalara baktıkları daire ve makamı, daha teknik bir ifade ile kamu hizmeti niteliğindeki yargılama yetkisinin kullanılması için kurulmuş resmî makam ve kurumu ifade eder.

İslâm tarihinde mahkemeler genelde tek hakimli ve tek derecelidir. Fakihlerden, mahkemelerde veya bir yargı bölgesinde birden fazla hâkimin birlikte görev yapmasını doğru bulmayanlar, hâkimler arası görüş veya yetki çatışmasının hukukî istikrarı bozacağı endişesini dile getirirler. Bununla birlikte az da olsa toplu hâkim usulüyle çalışan mahkemelere rastlanmaktadır. Konu daha çok tarihî tecrübeyle ilgili olduğundan İslâm tarihinin farklı dönem ve toplumlarında farklı prosedürler ve kurumlar oluşmuştur. Nitekim Osmanlılar’da toplu hâkim usulü kabul edilmiş, karara bağlanmış bir davanın yeni baştan ele alınması (istînaf), yargılamanın tekrar yapılması (iâde-i muhakeme) veya ikinci ve üst bir yargı kurumunca denetlenmesi (temyiz) şeklinde hukuk yolları giderek kurumsal hale gelmiştir.

Hâkim bilgi, tecrübe ve iyi niyetine rağmen yine de yanılabilir, verdiği hüküm kanunlara aykırı olabilir ya da davayı kaybeden taraf hükmü haksız bulabilir. Bu bakımdan gerek tarafların yargıya güvenini sağlama gerekse mahkemeleri daha dikkatli olmaya sevk etme amacıyla bir hâkimin verdiği hükmün yüksek bir mahkeme tarafından tekrar gözden geçirilmesine ihtiyaç duyulmuştur. İslâm hukuk tarihinde sadece temyiz işlerine bakan bir kurum olmamakla birlikte İslâm’ın ilk devrinden itibaren kadıların karara bağladıkları davalarla ilgili hukuk normunun uygulanışının halifeler, kâdılkudât ve Dîvân-ı Mezâlim gibi kurumlar tarafından bir üst mahkeme sıfatıyla denetlendiği ve sonuçta verilen hükümlerin tasdik edildiği veya hükmün bozulup davaya yeni baştan bakıldığı bilinmektedir. Osmanlı Devleti’nin son dönemlerinde de şer’iyye mahkemelerinin verdiği hükümler bir üst makam olan Fetvahâne’de ve Meclis-i Tedkikat-ı Şer’iyye’de inceleniyordu.

Mahkeme Dışındaki yargı Mercileri

Târihi seyri içinde bir kısım davalar kendilerine aktarılan diğer kaza mercileri şunlardır:

⁷ Bu başlıkla ilgili notlar DİA, “Kazâ” ve “Mahkeme” md.’sinden özetlenerek alınmıştır.

1. Mezâlim mahkemeleri: Halife, vezir, vali gibi yüksek idarecilerin hâkimliğini yaptığı bu mahkemeler, nüfuzlu kişilerin yaptıkları haksızlıklar ve işledikleri suçlara idareciler aleyhine açılan davalara ve kadıların acizlik gösterdikleri anlaşmazlıklara bakmışlardır. Mezalim mahkemeleri hakimlerinin, diğer hâkimlere nisbetle fevkalâde sayılabilecek selahiyetleri vardır

2. Hisbe teşkilâtı: Bugünkü mânada savcılık, emniyet, belediye ve ahlâk zabitasının vazifelerini kısmen yürüten hisbe teşkilatı aynı zamanda «ölçü ve tartılar, alış veriş, alacak-borç, işçi - işveren münâsebetleri ile ilgili dâvalara da bakmıştır. Hisbe memuruna muhtesip denir. Muhtesip bir davacı ve şikayetçi bulunmadan da -kendi sahası içinde- muhâkeme etmek, cürm-i meşhud hallerinde, muhakemesiz hüküm ve tazir nev'inden ceza verme selâhiyetine sahip olmuşlardır.

3. Şurta teşkilâtı: Surta, emniyet teşkilatının vazifelerini yürütmekle beraber ceza hukuku sahasında kaza selâhiyeti ile de (meselâ Abbasiler'de) teçhiz edilmiştir. Ancak şurtanın kaza sahası, devletin güvenli ve amme nizamı ile ilgili suçları içine almış güvenlik ve nizamı korumak için (siyaseten) gerekli cezalar şurta mahkemelerince verilip infaz edilmiş, diğer tazir cezaları ve hadler ise kadıların vazife ve selâhiyetleri içinde kalmıştır.

4. Askeri mahkemeler (kadâu'l-asker): Asker şahısların bu sıfatlarıyla işledikleri suçlar ile getirdikleri hukuk dâvalarına bakan mahkemelerdir. Hz. Ömer her askeri birliğe bir hâkim tayin ettiği gibi Ebu'd-Derda'yı da ordu kadısı olarak görevlendirmiştir. Muhâkeme usûlü bakımından kadı'l-asker ile sivil hakimlerin mahkemeleri arasında fark yoktur. Fark yalnızca dâvalı şahsın sivil veya asker olması ile ilgilidir.

3.2. Mahkeme Çalışanları

Mahkemede mahkeme heyetinin başı olan *kadı* yargılama hukuku açısından merkezî bir öneme sahiptir. Tarihte halife veya onun yetkili kıldığı üst düzey yönetici tarafından tayin edilen kadı, bulunduğu yargı bölgesinin büyüklüğüne göre unvan ve sayıları değişen yardımcılarla birlikte yargı fonksiyonunu yerine getirmiştir. Kaynaklarda kadı yardımcılarını olarak *kâtip*, *mübaşir*, *kasım (kassam)*, *müzekkî*, *tercüman*, *şahit* gibi sıfatlarla anılan kimseler zikredilmektedir.

Abbasî Halifesi Hârûnürreşîd yargıyı daha bağımsız bir kurum yapmak, ülkede hukukî istikrarı ve hukuk güvenliğini sağlamak ve merkeziyetçi bir yönetim kurmak gibi amaçlara yönelik olarak *kâdilkudâtlık* kurumunu ihdas etmiş ve bu kurumun başına *Ebû Yûsuf'u* getirmişti. Kâdilkudâtlık zamanla kurumsallaştı ve diğer kadıların tayin ve azletme, kararlarını denetleme yetkisi ile donatıldı. Fıkıh mezheplerinin teşekkülü ve yaygınlaşmasının ardından bölgelerde veya değişik hilâfet merkezlerinde kadılkudâtların ve mezhep kadıların görev yaptığı bilinmektedir. İslâm tarihinin çeşitli dönemlerinde kaza fonksiyonu bu kurumlar tarafından yürütülmekle birlikte *Dîvân-ı Mezâlim*, *muhtesip*, *şurta*

ve *kazasker* gibi kamu kurum ve görevlileri de belirli yetkilerle kaza görevini yerine getirmişlerdir.

3.2.1. Kadı (Hâkim)

Mahkemenin birinci derecede ve en vazgeçilmez insan unsuru kadı/Hâkimdir. Mecelle 1785. maddesinde hakimi şöyle târif etmiştir: “*Hâkim, insanlar arasında meydana gelen anlaşmazlık ve davaları usul ve kanuna uygun olarak sonuçlandırıp karara bağlamak için devlet başkanı tarafından tayin edilen zattır.*”

Mahkeme kurumunu kadı temsil ettiği için fıkıh âlimleri eserlerinde mahkemeden ziyade kadıdan bahsetmişler, kadı kelimesini mahkemeyi de kapsayacak bir genişlikte kullanmışlardır. Kadının asıl görevi ihtilâflara bakmak ve onları karara bağlayıp icra ve infaz etmektir. Kadılara onları tayin eden makam, yaptıkları görev, dereceleri, görev yaptıkları yerleşim birimleri dikkate alınarak çeşitli unvanlar verilmiştir. Halife tarafından tayin edilen kadıya “*kâdî*’l-halîfe”, kadı tarafından tayin edilene “*halife, nâib, vekil*” gibi unvanlar verilmiştir.

İlk dönemlerde kadılar icthad derecesine ulaşan âlimler arasından tayin ediliyordu. Emevîler’den itibaren genel olarak meslekî tecrübe de dikkate alınıp kadılık mesleğinin ilk basamağı olarak mahkeme zabıt kâtipliği esas alınmış, kadı kâtipliğinden nâibliğe, oradan da kadılığa yükselmeyi sağlayan bir yol izlenmiştir. Yargılama yapmak ve karar vermekle görevlendirilen kadılarla nâibler arasında tayin esnasında aranan nitelik ve şartlar bakımından bir fark bulunmamaktadır. Ancak sadece sorgulama yapmak üzere görevlendirilen nâibin icthad derecesinde bir âlim olması gerekmeyip sorgulama yaptığı konularda bilgiye sahip bulunması yeterli kabul edilmektedir.

Kadı’da aranan özellikler⁸

* Hâkim öncelikle dinen mükellef olmalıdır. Hanefiler dışındaki mezhepler gayr-i Müslimlerin hâkim olmasını hiçbir şekilde kabul etmezken Hanefiler kendi davalarında kadılık yapabileceklerini söyler.

* Hâkim, tam bir temyiz kudretine sahip olmalıdır.

* Hâkim âdaletli yani dindar ve ahlaklı olmalıdır. Kadı, adalet dağıtmak, haksızlığı önlemek, taraf tutmamak ve Hz. Peygamberin yolunda yürümek gibi dinin yapılmasını istediği şeyleri yapmalı; katı, kaba, kibirli ve inatçı olmamalıdır.

* Hâkim, yerli yerinde karar verebilen, anlayışlı, doğru ve güvenilir, şahsiyet sahibi ve sağlam iradeli olmalıdır.

* Hâkim, İslam hukukuna ve fıkha vakıf, muhakeme hukukunu iyi bilen, davaları bunlara göre çözüp yargılayabilecek kuvvette olmalıdır.

* İslam hukukunda, özel hukuk ve kamu hukukundan başka, ibadetler de vardır. Hakimler ibadetlerin usulüne uygun şekilde yapılması konusunu da denetler ve bu hususta bazı

⁸ A. Bayındır, İslam Muhakeme Hukuku, s. 54-552ten özetlenerek alınmıştır.

müeyyideler uygulayabilirler. Mesela: Namaz kılmayan veya Ramazan günü kasten oruç bozan kişilere uygulanana ta'zir ve Ramazan hilalinin tespiti işlemleri gibi.

* Mahkeme önüne gelen davaların tahlil edilip kanuni müeyyidesine uydurulması, bilgi ve beceri ister. Çünkü hâkimin önüne gelen her hadise, fıkıh kitaplarında yazılıp izah edilmemiştir. Esasen, buna imkân da yoktur. Hadiseyi kavrayıp hangi hukuki müeyyideyle ilgili olduğunu tespit etmek ve usulüne uygun olarak çözmek kolay bir iş değildir. Kadı veya müftü olacak bir kişide, her şeyden önce bu bilgi ve becerinin bulunması gerekir.

* Hâkim, mahkemede kendisi için alış-veriş yapmamalıdır. Çünkü böyle yaparsa makamın yüceliği kaybolur. Esasen, beytü'l-mal'den (hazineden) maaş alan bir hâkimin, mahkeme dışında da alış-veriş yapmaması uygun olur. Bu gibi işlerini yürütmek üzere güvendiği bir kişiyi görevlendirmeli ve bu kişi de hâkim adına alış-veriş yaptığını kimseye söylememelidir. Çünkü halk, hâkime sattıklarını ucuza satmaya ve ondan aldıklarını da pahalıya almaya yönelerek onun kendilerine meyletmesini sağlamaya çalışırlar.

* Hâkim, mahkemede hiç kimseyle şakalaşmamalıdır. Çünkü, bu da makamın yüceliğinin kaybolmasına sebep olur. Hâkimin, şahsiyetini koruması için hiçbir yerde ve hiç kimse ile şakalaşmaması ve taraflarla davaları dışında hiçbir şey konuşmaması gerekir. Çünkü şakalaşma ve konu dışı konuşmalar makamın küçük düşmesine sebep olur.

* Hâkim taraflardan hiçbirisinin hediyesini kabul etmez ve başkalarından da hediye alamaz. Miktarın az veya çok olması önemli değildir. Hüküm verilmeden önce de sonra da olsa, hâkimin hediye kabul etmesi haram olur.

Hâkimin rüşvet aldığı davada vereceği hüküm geçerli değildir. Hâkimin hükmü, yerli yerinde olsa da netice değişmez. Çünkü, bu durumda sanki hüküm vermesi için ücretle çalıştırılmış olur. Halbuki, böyle konularda ücretle adam tutulmaz. Çünkü hükmetmek, zaten hâkimin görevidir.

* Hâkim, taraflardan hiçbirinin davetine gitmez. Ayrıca kendisi için düzenlenmiş ziyafetlere de gitmez. Fakat, ziyafet başka sebeplerle düzenlenmişse o takdirde, davası olmayan kişilerin düzenlediği böyle genel ziyafetlere gidebilir. Çünkü, bu hallerde herhangi bir töhmet söz konusu olmaz.

* Hâkim, taraflar arasında eşit davranmak zorundadır. Taraflardan biri her ne kadar eşraftan ve ileri gelenlerden, diğeri de sıradan bir vatandaş olsa dahi muhakeme sırasında tarafları oturtmak, onlara bakışlarını yöneltmek ve hitap etmek gibi muhakeme ile ilgili bütün muamelelerde tamimiyle adalet ve eşitliğe uyması gerekir.

Taraflar, hâkim huzurunda, namaz kılınan teşehhüde oturduğu gibi oturmalıdır. Bağdaş kurmak veya başka şekilde oturmak isterlerse hâkim, makamın kutsiyetini korumak için onları men eder. Mecelle şarihi Ali Haydar diyor ki, «Fakat zamanımızda olduğu gibi tarafların, hâkim huzurunda ayakta durmaları bir ihtiyaçtan doğmuştur.»

3.2.2. Kâtip

Mahkemede zabıt kâtibi kadının en önemli yardımcısıdır. Görevi taraflardan dava dilekçelerini alıp kadiya arz etmek, yargılama esnasında tarafların ve şahitlerin ifadelerini yazıya geçirmek, dava dosyalarını ve tutanakları muhafaza etmektir. Hz. Peygamber ve dört halife devrinde davalar az olduğu için mahkeme kararları yazılmamışsa daha sonaları yazılarak kayıt altına alınmıştır. Fıkıh âlimleri kâtibin kadının yardımcısı ve mahkemede cereyan eden işlerin şahidi olduğunu, dolayısıyla onun güvenilir, dürüst, kavrayış sahibi ve resmî yazıları yazmayı, resmî belgeleri tanzim etmeyi bilen bir kişi olması gerektiğini ifade ederek kâtipliğin bilgi, sanat ve yüksek bir karakter işi olduğunu belirtmişlerdir.

3.2.3. Sâhibü'l-meclis (mübâşir)

Mahkemede sırası gelen tarafları ve şahitleri yargılama salonuna almak, yargılama esnasında asayiş ve güvenliği sağlamak üzere mübâşirler bulundurulur. Klasik fıkıh kitaplarında “sâhibü'l-meclis, cilvâz, nakîb, bevvâb, hâcib, arîf” gibi terimler mübâşir karşılığı olarak kullanılmıştır.

3.2.4. Muhzır

Mahkemelerde davacı, davalı ve şahitlere ikametgâhlarında tebligatta bulunmak, gerektiğinde onları mahkemeye celbetmek üzere muhzır bulundurulur. Klasik fıkıh kitaplarında “a'vân, muhzır, müşhıs, ecriya” gibi terimler “adlî zâbita ve tebligat memuru” anlamında geçmektedir. Hanefî fıkıh bilgini Kâsânî muhzırların tâbiîn döneminden sonra mahkeme teşkilâtında yer almaya başladığını söyler.

3.2.5. Müzekkî

İlk devirlerde kadılar şahitlerin güvenilir (âdil) kimse olup olmadığını alenî olarak soruşturuyor ve bu soruşturmadan olumlu sonuç alırsa onunla yetinerek şahitliklerini kabul ediyorlardı. Ancak alenî soruşturmalarda kendilerine şahidin durumu sorulan kişilerin baskı altında kalarak kanaat belirtebilecekleri endişesini taşıyan bazı kadılar şahit hakkında ayrıca komşuları ve çalışma arkadaşları nezdinde de gizlice araştırma yapmaya yöneldiler. Kaynaklar, şahitlerle ilgili ilk gizli soruşturmayı başlatan kadılar arasında Kûfe'de Şüreyh ile (ö. 78/697) İbn Şübrüme (ö. 144/761) ve Mısır'da Gavs b. Süleyman'ı (ö. 168/785) zikreder. Davaların ve şahitlerin sayısındaki artış dolayısıyla kadılar şahitlerin tamamının durumunun araştırılması konusunda güçlük çekince bunu araştırmak üzere “müzekkî” (sâhibü'l-mesâil) adıyla memurlar tayin etmeye başladılar.

3.2.6. Tercüman

Ülke topraklarının farklı dilleri konuşan yeni toplulukları da içine alarak genişlemesi mahkemelerde tercüman bulundurma ihtiyacını doğurmuştur. Zamanla mahkeme teşkilâtı içinde bu unvanla bir memur yer almaya başlamıştır. Kadının, dilsiz ve sağırarla

anlaşamadığı takdirde onların işaretlerini anlayan bir kişinin (müsemmi‘, müsmi‘) yardımını alması da böyledir.

3.2.7. Kāsım

Hisse-i şâyiayı mirasçılar ve ortaklar arasında kanunî paylarına göre taksim eden memura “kāsım” (çoğulu kassâm) denir. Kāsımın emin olması, fıkıh ve matematik bilgisine sahip bulunması gerekir. İlk devirlerden itibaren kadıların belli davaların karara bağlanmasında kāsımın yardımına başvurduğu bilinmektedir. Kaynaklar, Hz. Ali zamanında Abdullah b. Yahyâ’nın mahkemede kāsım olarak görev yaptığını kaydetmektedir.

3.2.8. Seccân

Kadı kendi yönetiminde bulunan hapishanenin idarî işlerini görmek ve mahkûmların durumları hakkında bilgi vermek üzere “seccân” (sâhibü’s-sicn) adıyla memur tayin ediyordu. Kadılar mahkeme personelinin idarî bakımdan âmiri olduklarından denetimleri de onlara aitti.

3.3. Dava⁹

Sözlükte “çağırarak, seslenmek, dua etmek, getirilmesini istemek” anlamlarına gelen da‘vâ (çoğulu deâvî, deâvâ), fıkıh terimi olarak bir kimsenin başka bir kimseden hâkim huzurunda hakkını istemesini ifade eder (Mecelle, md. 1613) Buradaki “hak” kelimesiyle hem hakkın tesbiti ve temini hem de haksız taleplere karşı kişinin hukuken korunması ve hakkının ihlâlinin önlenmesi kastedilir. Dâvacıya müddeî, dâvalıya müddeâ aleyh, dâva konusu hakka müddeâ veya müddeâ bih denilir. Tarafları ifade için hasım, tâlib-matlûb gibi tabirler de kullanılır. Bir dâvanın mahkemede dinlenip sonuca bağlanması işlemine de murâfaa, muhâsame ve daha yaygın bir tabirle muhâkeme adı verilir.

Dâvanın Unsur ve Şartları:

İslâm hukuk doktrininde dâva hemen hemen bir akid tekniği çerçevesinde ele alınmış, dâvanın unsur ve şartları, sakatlığı, hükümsüzlüğü, sonuçları ve sona ermesi gibi konularda borçlar hukukunda mevcut yaklaşım ve tasniflerden önemli ölçüde faydalanılmıştır. Bundan dolayı dâvanın unsurları olarak taraflar (dâvacı ve dâvalı), dâva konusu hak (müddeâ bih), bu hakkın talebini içeren irade beyanı ve bu talebi sonuca bağlayan yargı mercii gösterilebilir. Dâva şartları ise açılan dâvanın mahkemece dinlenebilmesi ve hâkimin esas hakkında inceleme yapabilmesi için bu unsurları taşıması gerekli şartlardır. Bu unsurlar ve şartlar şöylece özetlenebilir:

3.3.1. Taraflar

Bir dâvada dâvacı ve dâvalı şeklinde iki taraf mevcut olup taraflar bir veya birden fazla gerçek ya da tüzel kişiden oluşur. Dâvacı-dâvalı ayırımı, bilhassa tarafların hak ve borçlarını

⁹ Bu başlıkla ilgili notlar DİA, “Dâva” md.’sinden özetlenerek alınmıştır.

belirleme açısından önemlidir. Bunun için İslâm hukukçuları bu ayırımı öteden beri ayrı bir önem vermişler, bir dâvada hangi tarafın dâvacı, hangi tarafın dâvalı olduğunu belirlemeye yarayan bazı ölçüler getirmeye çalışmışlardır. Buna göre dâvacı zâhirin aksini ileri süren, dâvalı ise zâhire tutunan taraftır. Burada zâhir kelimesi “olayın dış görünüşü, mevcut fiili durum, örf, teamül, aslen borçsuz ve suçsuz oluş (berâet-i zimmet) ilkesi” gibi anlamlarda kullanılmaktadır. Öte yandan dâvacı ve dâvalı sıfatları, taraflara bir dâva boyunca atfedilen sürekli bir konum ve sıfat olmayıp burada dâvacı “bir hakkı iddia eden”, dâvalı da “aleyhinde iddiada bulunulan” taraf demektir. Bundan dolayı dâva sonuçlanıncaya kadar yeni iddia ve karşı iddiaların (def’-i da’vâ) gündeme gelmesi halinde bu sıfatlar iddianın mahiyet ve yönüne göre yer değiştirebilecek, dolayısıyla hak ve borçlar, meselâ ispat yükü ve savunma hakkı da bu yeni konuma göre belirlenecektir.

Şahsî hakları ilgilendiren dâvalarda sadece ilgili şahıslar dâvacı olabilir. Buna karşılık Allah hakkının, toplumun ortak düzen ve yararının ihlâli halinde, kamu düzenini korumaya memur yetkililer başta olmak üzere, bu ihlâlden bizzat zarar görsün veya görmesin o toplumun fertlerinin ayrı ayrı dâvacı olma hakkı kabul edilmiştir. Nazariyede savcılık müessesesi pek işlenmemişse de başta muhtesibler olmak üzere ilgili idarecilerin ve güvenlik âmirlerinin uygulamada savcılık görevini ifa ettiği, kamu dâvalarında hâkime de re’sen hareket etme imkânının verildiği görülür.

3.3.2. Dâva Konusu

Dâva konusu hakkın (müddeâ bih) konumu borçlar hukukundaki akid konusuna (mahallü’l-akd) hayli benzerlik gösterir. Muâmelât hukukunda açıklık, objektiflik, iyi niyetin korunması gibi ilkeler hâkim olduğundan dâva konusu hakkın mâlum, mümkün, muhtemel ve meşrû olması üzerinde ayrıntılı bir şekilde durulur. Dâva konusunun belli ve bilinir olması ilk temel şarttır. Ancak gayri menkul- menkul mal, alacak, suç isnadı, nesep bağı, bir hakkın tesbiti gibi durumlardan her birinin ayrı bilinirlik şart ve ölçüsünün olacağı açıktır. Nitekim Mecelle, menkul malların işaretle veya cins, nevi, miktar ve kıymetinin belirtilmesiyle, gayri menkullerin ise bulunduğu yerin, üç veya dört yönden sınırının, komşu arazilerin ve sahiplerinin belirtilmesi suretiyle bilinir olacağından söz eder. Bu ve benzeri kayıt ve şartlar dâva konusu hak ve menfaatin taraflarca, mahkemece ve ilgililerce açıkça bilinmesini sağlamaya mâtuftur.

3.3.3. İrade Beyanı

Şahsî haklara ilişkin dâvalarda dâvacının iddia ve talebi bulunmalı ve bu talep kesinlik taşımalıdır. Bazı İslâm hukukçularının, iddianın mahkeme ve dâvalı huzurunda bizzat dâvacı tarafından ifade edilmesi gerektiğini, yazılı iddianın veya vekil aracılığıyla iddiada bulunmanın yetersiz olacağını ileri sürmeleri dâvada aleniyeti sağlama, tarafları bizzat karşı karşıya getirerek iddia ve cevapta netleşmeyi temin etme amacına yöneliktir. İddianın yazılı olması gerektiğini söyleyenler de benzeri gerekçeleri ileri sürerler. İslâm hukukçularının

çoğunluğu, dâvacının mazereti veya dâvalının rızâsı bulunmadan da mahkemede dâvacıyı vekilin temsil edebileceğini kabul eder. Başta bazı ceza dâvaları olmak üzere kamu dâvası niteliği taşıyan dâvalarda ise hâkim dâvacının ve bu yönde bir talebin bulunması şartını aramaksızın re'sen hareket ederek yargılamaya başlayabilir.

3.3.4. Yargı Mercii

Yargı mercii, kendisine getirilen dâvanın gerekli şartları taşıyıp taşımadığını re'sen inceleyerek dâvanın kabulüne, eksikliğinin giderilerek kabulüne veya reddine karar verir. İslâm yargı tarihi açısından dâvaların tek dereceli mahkemelerde hâkimler (kadı) tarafından dinlenmesi ve sonuca bağlanması kuraldır. Şahsî haklarla ilgili bazı dâvaların tahkîm usulüyle ve hakem tarafından sonuçlandırılması da mümkündür.

3.4. Hüküm

Sözlükte “iyileştirmek amacıyla engel olmak, karar vermek; yargı, hikmet, adalet” gibi anlamlara gelen “hüküm” kelimesi, zalimin zulmüne engel olup hakkı sahibine iade ve hakkı yerli yerine koymak için hâkimin verdiği karara hüküm denir.

4. Yargılama Usulü

4.1. Davanın Görülmesi¹⁰

Yargılama (muhakeme), hukukî bir çekişme içindeki iki tarafın mahkeme önünde talep ve delillerini serdetmesi, yargılama usulü ise bir dava sırasında mahkemelerin uymak zorunda olduğu usul kurallarının tamamı demektir.

Klasik fıkıh öğretisine göre hâkim, hukuk davalarında iki taraf arasındaki anlaşmazlığa ancak davacının sözlü veya yazılı talebi üzerine bakar ve bu anlaşmazlığı vereceği hükümle bir sonuca bağlar. Davacının talebi olmadan hâkim kendiliğinden davaya bakamaz. Yine bu tür davalarda hakkı çiğnenen kişi dava açmaya zorlanamaz.

Şahıs hakkının ihlâlî niteliğindeki ceza davalarında da hâkim hakkı ihlâl edilen tarafın başvurusu üzerine davaya bakar. Allah haklarını ve toplumun ortak hukukunu ilgilendiren durumlarda ise hâkim herhangi bir şahsın ihbarından veya kendi bilgisinden hareketle davaya re'sen (kendiliğinden) bakabilir. Bu tür ihbarlara “şehâdet-i hisbe” adı verilir, bu tür davalar genellikle kamu davası niteliğindedir.

Hâkim davaları kural olarak başvuru sırasına göre ele alır ve duruşmalar prensip itibarıyla açık olarak yapılır. Ancak hâkim gerekli gördüğünde bazı davalara öncelik tanıyabilir, duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilir. Yargılama esnasında tarafların hiçbir baskı altında kalmadan iddia, isnat ve delillerini ortaya koyması, hâkimin de mahkemede ortaya konan objektif delillere ve yapacağı diğer araştırma sonuçlarına dayanarak, fakat vicdanî kanaatini de dikkate alarak karar vermesi gerekir.

¹⁰ Bu başlıkla ilgili notlar DİA, Kazâ md.'sinden özetlenerek alınmıştır.

Çekişmeli iki tarafın bulunduğu yargıda davacının tek taraflı iddiası üzerine hüküm verilemez; davalının da savunması alınır. Hz. Peygamber görevlendirdiği kadıları bu yönde uyarmış (Tirmizî, “Ahkâm”, 5), bir hadisinde de, “*Eğer hâkimler insanlara tek taraflı beyan ve iddialara dayanarak hak dağıtacak olsalar, kan davaları ve hukuk davaları üzerinde doğru ve âdil olmayan hükümler verilirdi.*” demiştir (Nesâî, “Âd-bü’l-kudât”, 36).

Hâkim, kendisine intikal ettirilen davayı tarafların ortaya koyacakları delillere bağlı kalarak sonuçlandırır. Bu yüzden ancak varlığı ispat edilebilmiş haklar hüküm altına alınır. İspat delillerle olur, deliller davacının ispat vasıtası, hâkimin hükmünün dayanak ve sebebidir.

Hâkim, muhakemeyi tamamladıktan sonra ortaya konan delillerin kendisini yönelttiği sonuca uygun şekilde hükmünü verir ve bunu taraflara bildirir. Yargılama sonunda hâkim gerekçesiyle birlikte hükmü içeren bir mahkeme kararı (*i’lâm*) düzenleyip taraflara birer nüsha verir.

Kaynaklar, İslâm tarihinde erken dönemlerden itibaren mahkeme kararlarının kayıt ve tescil edildiğine ve bu geleneğin giderek daha sistemli hale gelip kurumlaştığına dair zengin bilgiler içermektedir. Hukuk davalarında davayı kaybeden kişinin hükmün gereğini kendiliğinden yerine getirmemesi halinde cebrî icraya gidilir ve yetkili kamu organları eliyle mahkeme hükmü icra edilir. Cezaların infazı da aynı şekilde hâkim veya yetkili makam tarafından yapılır.

Hâkimin bir davaya ilişkin olarak vereceği hüküm genel değil özel nitelikli bir hükümdür, sadece davanın taraflarını ilgilendirir. Bu sebeple bir olay hakkında verilen hüküm ona benzer başka bir olayın hükmü sayılamaz; dolayısıyla ayrıca yargılama yapılması gerekir.

Hanefî fakihleri mahkemeye duruşma için gelmeyen, temsilci de göndermeyen şahıs aleyhine hüküm verilmesini savunma hakkının kullanılmasına imkân vermeyen bir usul olduğundan doğru bulmazlar. Bunun için de mahkemenin davetine mazeretsiz uymayanların zorla celbedilmesini, bu da mümkün olmazsa hâkim tarafından bir vekil tayin edilerek onun huzurunda hüküm verilmesini önerirler. Hâkim hükmünü verdikten sonra delillerde bir değişiklik, hükmü tesir edecek bir fazlalık veya noksanlık ortaya çıkmamışsa, hâkim de yanıldığına kani bulunmuyorsa onun açısından dava kesinleşmiştir ve bu davayı yeniden ele alması caiz değildir. Ancak bu karar üst bir mahkemeye temyizden incelenmek üzere gönderilebilir. Üst mahkeme davanın usulüne uygun olarak karara bağlandığını görürse tasdik eder, aksi halde hükmü bozar ve davaya yeni baştan bakılır.

Yargılamanın sağlıklı bir şekilde yapılması ve verilen hükmün isabetli olması bakımından hâkimin görevi esnasında uyması gereken bazı kurallar (âdâbü’l-kâdî) vardır. Meselâ hâkimin muhakeme esnasında alışverişte bulunması, şaka yapması, taraflardan hediye alması, birinin davetini kabul etmesi mahkemenin tarafsızlığını ve saygınlığını gideren davranışlar olarak görülür. Hâkim muhakeme esnasında her hususta taraflara karşı âdil ve

eşit davranmalı, öfke, keder, aşırı açlık, susuzluk ve uyku galebesi gibi sağlıklı düşünmeyi engelleyecek durumlarda hüküm vermemelidir.

Hâkimler hukukî ihtilâfları çözümlerken nasların açık hükümlerine uyarlar. Hakkında nas bulunmayan veya farklı ictihadlara elverişli nasların bulunduğu meselelerde içtihad ehliyetini haizse kendi içtihadlarına, değilse mevcut bir içtihada göre hüküm verirler. İslâm'ın ilk devirlerinde bu usul yaygın ve herhangi bir probleme yol açmazken ülkenin iyice genişlediği II. (VII) yüzyılın ortalarından itibaren farklı bölgelerdeki değişik uygulamalar hukukî istikrarı zedeleyecek boyuta ulaştı. Bunun üzerine Abbasî devlet adamı İbnü'l-Mukaffa, yargı birliğini sağlamak amacıyla hukukun tedvinini önermişse de bu gerçekleşmedi. Ancak Ebû Yûsuf'la birlikte başlayan kâdilkudâtılık uygulaması ve hukuk ekollerinin oluşumu ihtiyacı büyük ölçüde karşılamış oldu. Bu aynı zamanda yargının yürütmeden ayrılması anlamına da geliyordu. Bununla birlikte mezhepler arası iktidar ve etkinlik mücadelesi yargı kurumlarını da doğrudan etkiledi. Mezheplerin teşekkülünden sonra kadılar belli bir mezhebe tâbi oldular. İctihad yetkisini ve takdir hakkını da o mezhebin genel esaslarına bağlı kalarak kullandılar. Mezhep içinde “muhtâr” ve “müftâ bih” görüşleri oluşturan tedvinlerin yapılması kısmen de olsa yargı birliğini sağlamaya hizmet etmiştir.

4.2. İspat Vasıtaları ve İspat Yükü

İspat vasıtaları denince yargılama hukukunda geçerli sayılan deliller; ispat yükü denince de iddianın ispat edilememesi halinde aleyhine karar verilecek olan tarafın yükümlülüğü kastedilir.

İslâm hukuk literatüründe ispat vasıtalarına “turuku'l-kazâ” veya “esbâbü'l-hükm” adı verilir. Kaynaklarda yer alan bilgilerden hareketle başlıca ispat vasıtalarının şahitlik, ikrar, yemin ve yeminden nükul olduğu görülmektedir. Ayrıca yazılı belge, emare ve karineler, kasame, bilirkişi ve hâkimin şahsî bilgisi de yardımcı ispat vasıtaları olarak görülmüştür.

4.2.1. Şahitlik¹¹

Şahitlik genel olarak “bir kimsenin hazır bulunup görmek veya duymak suretiyle bildiği bir şeyi kadı huzurunda haber vermesi” şeklinde tanımlanabilir. Şahitlik, ilk dönemden itibaren İslâm muhakeme hukukunda kesinlik ifade eden ispat vasıtalarının en yaygın şekilde kullanılanıdır. Şahitliğin biri tahammül, diğeri eda olmak üzere iki aşaması vardır. Tahammül “şahitlik edeceği olayı / şeyi kişinin ihtiyarî bir sebeple bilmesi” anlamına gelir. Eda ise şahidin şahit olduğu olayı / şeyi hâkime bildirmesi, yüklenmiş olduğu şahitliği hâkimin huzurunda dile getirmesidir. Türkçe’de tahammül aşamasının şahit olmak, eda aşamasının şahitlik etmek diye ifade edilmesi mümkündür.

Hakkı ortaya çıkaran bir delil olan şahitliğin beyyine olarak da isimlendirilmesi kapalılığı giderip hakkı açığa çıkarması sebebiyledir. Konuya ilişkin ayet ve hadislerden hareketle

¹¹ Bu başlıkla ilgili notlar DİA, “Şahit” md.’sinden özetlenerek alınmıştır.

İslâm hukukçuları, şahitliğin farz olduğu ve davacının talep etmesi halinde şahitlerin şahitlikten kaçınma haklarının bulunmadığı sonucuna ulaşmışlardır. Burada farzdan maksat farz-1 kifâye olup kişi bir konuya şahit olmak veya bir konuda şahitlik etmek üzere çağrıldığında başkalarının bulunmaması halinde çağrıya uyması farzdır. Ancak davacı lehine yapıldığı ve bir bakıma onun hakkı sayıldığından şahitlik için davacının talepte bulunması şarttır.

Bir konuda aranan asgari şahit sayısı için şahitlik nisabı tabiri kullanılır. Fıkıh literatüründe şahitlik edilen konunun mahiyetine göre değişik şahitlik nisapları söz konusu edilmiştir. Farklı yaklaşımlar olmakla birlikte (meselâ bk. İbn Şâs, III, 1043) üç türlü şahitlik nisabının bulunduğu söylenebilir.

1. İslâm hukukunda en yüksek şahitlik nisabı zina suçunun ispatında aranır. Büyük çoğunluğa göre zina suçu zina eylemini açıkça gören en az dört erkek şahidin şahitliğiyle sabit olur (en-Nisâ 4/15; en-Nûr 24/4, 13).

2. Zina dışındaki had suçları ile kısas suçunun ispatı için iki erkek şahidin bulunması yeterli görülür.

3. Hadler ve kısas dışındaki haklar konusunda iki erkek ya da bir erkekle iki kadının şahitliği yeterli görülmüştür.

Borç ilişkisiyle ilgili, “*Erkeklerinizden iki şahit bulundurun. Eğer iki erkek bulunamazsa rıza göstereceğiniz şahitlerden bir erkekle biri yanılırsa diğerinin ona hatırlatması için iki kadın olsun.*” mealindeki ayet (el-Bakara 2/282) ve kadının şahitliğini erkeğin şahitliğinin yarısı şeklinde ifade eden hadis (Buhârî, “Hâyız”, 6) başta olmak üzere ilgili naslardan hareketle klasik fıkhîta kadınların şahitliği konusunda iki farklı bakış açısı ortaya çıkmıştır.

Daha çok Şâfiî mezhebince sistemleştirilen birinci bakış açısına göre kadınların şahitliği ilke olarak makbul değildir; malî konularda şahitliklerinin kabul edilmesi istisnâî bir durumdur ve zaruret gerekçesine dayanır. Çünkü Kur’an’da ve Sünnet’te kadınların şahitliğinin söz konusu edildiği durumlar özellikle malî konulara dairdir.

Daha çok Hanefilerce sistemleştirilen diğer bakış açısına göre ise kadınların şahitliğinin kabul edilmesi ilke, bazı konularda kabul edilmemesi istisnadır; çünkü şahitlik ehliyetinin temeli müşahede, anlayıp kavrama ve eda edebilme yeteneği olup bu nitelikler kadınlarda da mevcuttur. Bu bakımdan açıklanması gereken şey, kadının şahitliğinin niçin makbul sayıldığı değil bazı konularda niçin makbul sayılmadığıdır.

Alım satım, rehin ve muhayyerlik gibi daha çok borçlar hukuku alanına giren konularda kadınların şahitliği bütün mezheplerce geçerlidir. Ancak burada bir erkek iki kadın nisabına uyulması gerekir. Her ne kadar kapsamına nelerin girdiği hususunda görüş ayrılığı bulunsa da erkeklerin muttali olamayacağı doğum ve bekâret gibi konularda kadınların şahitlik edebileceği ittifakla kabul edilir (Buhârî, “Nikâh”, 23).

Fakihlerin şahitte aradıkları şartları şu şekilde özetlemek mümkündür:

1. *Teklif*: Kişinin şahitliğe ehil olması için ilk şart, dinî-hukukî yükümlülöklere muhatap olacak yaşa ve aklî olgunluğa erişmiş olmasıdır.

2. *Hürriyet*: Hanefî, Mâlikî ve Şâfiî mezheplerine göre hürriyet şahitlik ehliyetinin temel şartlarındandır. Hanefiler, Müslüman kölenin Müslümanlık yönünden güvenilir olması sebebiyle esasında şahitliğe ehil olduğunu söyleseler de şahitlik bir tür yetki ve üstünlük (velâyet) şeklinde değerlendirildiği, kölenin ise velâyeti ve toplumda saygınlık içeren bir statüsü bulunmadığı için şahitliğine itibar edilmediğini belirtmişlerdir.

3. *İslâm*: Klasik doktrinde Müslüman olmayan için velâyet statüsü tanınmadığından Müslüman olmayanın müslüman hakkında şahitlik yapması mümkün görülmez. Özellikle hürriyet ve İslâm şartları şahitliğin yargı meclisine özgü olmasının bir sonucudur. Hanefiler'e göre gayri müslimlerin birbirleri hakkındaki şahitlikleri ise dinlerine bakılmaksızın kabul edilir. Sıhhati tartışmalı olmakla birlikte bir rivayette Hz. Peygamber'in Ehl-i kitabın birbirleri hakkındaki şahitliklerini kabul ettiği belirtilmektedir (Ebû Dâvûd, "Hudûd", 25; İbn Mâce, "Ahkâm", 33). Burada dikkat çekilecek bir farklılık, Müslüman ülke vatandaşı olmayan gayri müslimin Müslüman ülke vatandaşı gayri müslim hakkında şahitlik yapamayacağını kabul edilmesidir.

4. *Adalet*: Mezheplerin ittifakla aradığı adalet şartı, daha çok ilgili ayetlerde şahitler için "kendilerinden razı olduğunuz" ve "adalet sahibi" nitelendirmelerinin yapılmış olmasıyla (el-Bakara 2/282; el-Mâide 5/106; et-Talâk 65/2) temellendirilir. Ayrıca emanete hıyanet edenin ve zina fiilini işleyenin şahitliğinin kabul edilmeyeceğini bildiren hadis (Ebû Dâvûd, "Aķziye", 16) vb. deliller de bu konudaki değerlendirmelerin dayanakları arasında yer alır. Büyük günahlardan kaçınma, farzları eda etme ve iyilikleri kötülüklerinden fazla olma gibi ölçülerin adalet tanımlarında etkili olduğu görülür. Adalet şartlarını taşımayan kişiye fâsik denilmektedir.

5. *Mürûet*: "İnsana yaraşır davranış sahibi olma" şeklinde tanımlanabilecek bu kavramın şahitlik konularında ağırlıklı bir yere sahip bulunduğu görülür. Mürûete aykırı davranışların zaman, mekân ve toplumun algısına bağlı olarak değişip değişmeyeceği tartışılrsa da sokakta herkesin gözü önünde bir şey yiyip içme örneğinde olduğu gibi örfe dayalı olanların izâfiliği, eşlerin cinsel ilişkilerini başkalarına anlatması örneğinde olduğu gibi ahlâk ilkelerine aykırı bulunanların değişken sayılamayacağı açıktır. Güvercinle oynama örneğinde olduğu gibi mürûete aykırı sayılan bazı davranışların özel gerekçelerinin bulunduğuna dikkat edilmelidir.

6. *Töhmetin bulunmaması*: Şahitliğin dayandığı temel kabullerden / varsayımlardan biri de şahitliğin Allah için olmasıdır (et-Talâk 65/2). Töhmet endişesi doğurduğu düşünülen başlıca hususlar şunlardır: Şahidin şahitlik sebebiyle kendine bir yarar sağlaması, önemli ölçüde dikkatsiz ve dalgın olması, kendisi hakkındaki bir utancı giderme çabası içinde

bulunması, hisbe davaları dışında mahkemeye çağrılmadan şahitlik etmek istemesi, şahitlik konusunda çok istekli davranması, şahitle taraflardan biri arasında usul-fürû ilişkisi veya düşmanlık bulunması.

7. *Şahitlik lafzının kullanılması*: Hanefiler'e göre şahidin, "Şahitlik ediyorum" demesi şahitliğin rüknüdür; yemin lafızlarından sayılan bu sözün söylenmemesi yalan söyleme ihtimalini akla getirebilir. Bu kadar vurgulu ifade edilmemekle birlikte Şâfiî mezhebinde de şehâdet lafzının gerekliliği kabul edilmiştir. Diğer mezheplerde şahitlik etmenin özel bir lafızla olması şartı aranmaz.

4.2.2. İkrar

İkrar, tek taraflı irade beyanı ile vücut bulan hukukî bir tasarruf olup ikrarla verilen hükmün ihtilâfsız şekilde kabulü ve ikrarla sabit olan şeyin araştırılmaması esastır. İslâm hukukçularının çoğunluğu, şüphe ve töhmeti giderici olması sebebiyle ikrarın şehâdetten daha kuvvetli bir delil olduğunu belirtmiştir. Bundan dolayı davalı, dava konusu olan hakkı itiraf ederse onun üzerine şahit dinlenilmez. Şahitler birinin lehine şahitlik yaptıktan sonra o kimse kendi aleyhine ikrarda bulunursa ikrara göre hüküm verilir. Zira beyyine ile (şehâdet) verilen hüküm zannî, ikrarla verilen hüküm kat'îdir. Mecelle'nin, "Beyyine hüccet-i müteaddiye ve ikrar hüccet-i kâsıradır." (md. 78) şeklindeki maddesi, ikrarın yalnızca mukirri bağlayıcı bir delil olup diğer kişileri etkilemediğini ifade etmektedir. Bu özellik, ikrarın hukukî bir delil ve ispat vasıtası oluşu bakımından bir noksanlık değil sadece ikrarın şümulüyle ilgili bir sınırlandırmadır. Ayrıca şahitliğin delil olarak geçerliliği hâkimin takdir ve kararına bağlı iken ikrar kendi başına hüküm ifade eder ve delil olarak hâkimi de bağlar.¹²

4.2.3. Yemin

Yemin yargılama hukukundaki ispat vasıtalarından biridir. Bu anlamda yemin, davacı veya davalının bir olayın doğruluğu hakkında Allah'ın adını anarak beyanda bulunmasını ifade eder. Yeminin ispat vasıtalarından biri kabul edilmesi âyetlere (el-Mâide 5/106-108), "*Davasını delille ispat etmek davacıya, yemin ise davalıya düşer.*" gibi hadislerle (Tirmizî, "Ahkâm", 12) ve sahâbe uygulamalarına dayanır. Yemin, davacının hakkı ve davalının hüccetidir.

4.2.4. Yeminden kaçınma (nükul)

Hâkim tarafından teklif edilen yeminden kaçınmaya nükul denir. Muamelatla ilgili davalarda «Yemin etmem» diye açıkça yahut özürsüz olarak susmak suretiyle üstükapalı bir şekilde yeminden nükul etse hâkim onun nükülüyle hükmeder. Çünkü, yeminden nükul etmek ya davacının davasını ikrar veya dava konusu şeyin davacıya verilmesine razı olmak şeklinde değerlendirilir. Hüküm verildikten sonra davalı yemin etmeye kalkışacak olsa ona iltifat olunmaz ve hâkimin hükmü olduğu gibi kalır.

¹² DİA, "İkrar" md.

DEĞERLENDİRME SORULARI

1. Aşağıdakilerden hangisi İslam Yargı Hukukunda mahkeme görevlileri arasında yer **almaz**?

- A) Savcı
B) Hâkim
C) Muhzır
D) Kâsım
E) Kâtip

2. İslam hukuku literatüründe muhakeme hukuku için daha çok aşağıdaki kavramlardan hangisi kullanılır?

- A) Dava
B) Müddei
C) Kâdi'l-kudât
D) İhtisap
E) Edebü'l-Kâdi

3. Aşağıdakilerden hangisi muhakeme hukukunda asli ispat vasıtalarından biridir?

- A) Emare
B) Karine
C) Nükûl
D) Hâkimin bilgisi
E) Bilirkişi

4. “Davasını delille ispat etmek davacıya, yemin ise davalıya düşer.” hadisinde (Tirmizî, “Ahkâm”, 12) **altı çizili kelime aşağıdaki kavramların hangisiyle ifade edilir?**

- A) Müddei
B) Müdde aleyh
C) Kâdi
D) Muhasamat
E) Şahit

5. “Beyyine hüccet-i müteaddiye ve ikrar hüccet-i kâsıradır” (Mecelle md. 78)

Yukarıdaki madde için aşağıdakilerden hangisi söylenemez?

- A) Beyyine kesin delil demektir
B) İkrar bir ispat vasıtasıdır.
C) İkrar sadece ikrar edeni bağlar
D) Beyyine, ikrardan daha kuvvetli bir ispat vasıtasıdır.
E) beyyine herkesi bağlayan bir ispat vasıtasıdır.

BEŞİNCİ HAFTA
ÜNİTE V: İSLAM EŞYA HUKUKU I

KONULAR

1. Aynî Hak
2. Fıkıhta Hak Kavramı
3. Malın Tarifi Ve Kısımları
4. Mülkiyet Kavramı ve Aslî Aynî Haklar

AMAÇLAR

1. Fıkıh ilminde hak kavramını öğrenmek
2. Hak kavramının çerçevesini çizebilmek
3. İslam hukukunda hangi şeylerin mal kapsamında değerlendirilebileceğine vakıf olmak
4. Mülkiyetin tanımını yapabilmek ve mülkiyetin edinim yollarını öğrenmek
5. Mülkiyet çeşitlerini bilmek

HAZIRLIK SORULARI

1. Günümüz Eşya Hukukunun ana başlıklarına gözetiniz.
2. Hak kavramının kapsamında neler olabileceğini düşününüz
3. Kaç türlü mülk edinme yolları vardır, araştırınız?
4. “Akar ve İrtifak” kavramlarının anlamlarını Fıkıh Terimleri sözlüklerinden bularak yazınız.

İSLAM EŞYA HUKUKU I

GİRİŞ

Eşya hukuku, kişilerin bir eşya üzerindeki hakimiyet ve tasarruflarının mahiyet ve türlerini, onların bu hakimiyet dolayısıyla diğer kişiler ile olan ilişkilerini düzenleyen medeni hukuk koludur.

Eşya Hukukunun konusu, eşya arasındaki hukuki ilişkiler ve kişinin eşya üzerindeki haklarıdır. Arapça bir kelime olan “ayn”ın عين en yaygın kullanılan anlamlarından biri maddi-fiziksel varlığı bulunan eşyadır. Buradan hareketle kişinin eşya üzerindeki hakkına *aynî hak*, denir.

1. AYNÎ HAK

Bir diğer ifadeyle *aynî hak*, eşya üzerinde söz konusu olan, sahibine eşya üzerinde hâkimiyet sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilir haklardır. Eşya üzerindeki hâkimiyetin dış görünüşü, fiilî tasarruftur. Taşınır mallarda *zilyetlik*¹³, taşınmaz mallarda ise *tapu sicili* eşya üzerindeki fiilî tasarrufu göstermektedir.

Aynî hak, en önemli mülkiyet hakkıdır. Mülkiyet hakkı sahibine bir eşya üzerinde en geniş yetkiler veren haktır. Borçlar hukukunun meşgul olduğu nisbî/şahsî haktan farklı olarak eşya üzerindeki aynî hak herkese karşı ileri sürülebilir bir haktır. Aynî hakkın sahibi bu hakkını yani eşya üzerindeki hakkını, ihlal etme durumunda olan herkese karşı ileri sürebilir.

1.1. Aynî Hakkın Kısımları

Aynî haklar, kişilere eşyalar üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet kurabilme yetkisi veren ve herkese karşı ileri sürülebilir malvarlığı haklarıdır. Ancak eşya üzerindeki bu aynî hakların hepsi sahibine aynı oranda geniş yetkiler vermez. Bu yönüyle aynî haklar ikiye ayrılır:

1.1.1. Mutlak aynî hak (Mülkiyet hakkı): *Aynî hakkın sahibine tam ve en geniş yetkiler veren türüdür. Burada hakkın mutlak olmasından bahsedilmesi, herhangi bir kapsam sınırlamasına gidilmemiş olduğunu ifade eder. Mülkiyet hakkı, sahibine eşya üzerinde en geniş ve tam yetkiler veren bir mutlak aynî haktır.*

Bu yetki hakkın konusu olan malı;

* kullanma

* yararlanma

* tasarrufta bulunma yetkilerinin tümünü sağlar.

İslam hukukunda, mülkiyet hakkının da dahil olduğu, eşya üzerinde en güçlü ve doğrudan kurulan yetkileri “*milk*” terimi ifade eder. Milk terimi gerek mahiyet gerekse kapsam açısından günümüz hukukundaki aynî hak terimini karşılar. Milk teriminin en yaygın tanımlardan biri şudur: Bir eşya üzerinde hak sahibine ait, diğer tüm şahısların hakimiyet ve müdahale alanından çıkarılmış bir inhisar ve önceliktir.

¹³ Zilyet, bir nesneyi bilfiil elinde bulundurandır.

Milk teriminin kısımlarını *ayn ve menfaat* üzerinde kurulu olmasını da dikkate alarak şöyle belirtebiliriz.

a. Mutlak milk: Kâmil (ya da tam) milk de denilen bu yetki mülkiyet hakkıdır. Bir eşyanın hem ayn'ı hem de menfaati üzerinde kuruludur (milku'l-ayn ve'l-menfaa). Bir diğer ifadeyle bir eşya üzerinde mümkün olan her türlü yetkiyi içeren ya da başka bir deyişle kapsamı en geniş olan milk türü mülkiyettir. Burada eşyanın hem aynı hem de menfaati yani her türlü kullanma yetkisi milk'e konu olduğundan eşya üzerindeki hakimiyet en geniş kapsamına ulaşmaktadır.

b. Sınırlı (nâkis) milk: Mülkiyette bulunan yetkilerden birini veya bir kaçını verdiği için kapsamı mülkiyete göre daha dar olan milk türüdür.

Sınırlı milk birden çok farklı hak türünü içine alır. Kendi içinde şu gruplara ayrılır:

a- Bir eşyanın sadece menfaatlerini içeren milk (milku'l-menfaa bilâ ayn).

b- Sadece ayn üzerinde kurulu olup menfaatleri içermeyen milk (milku'l-ayn bilâ menfaa).

c- Bir eşyanın aynını elinde tutma ve zilyetliğinde (yed) bulundurma konusundaki milk (milku'l-habs ve'l-yed).

1.1.2. Sınırlı aynî haklar: Mülkiyetin dışındaki aynî haklardır.

Bu haklar mülkiyette bulunan yetkilerden birini veya birkaçını sağladıkları için kapsamaları dardır. Sağladıkları sınırlı yetki açısından sınırlı aynî haklar da kendi arasında şu üç başlık altında incelenir:

a) İrtifak Hakları

b) Rehin hakkı

c) Gayr-ı menkul mükellefiyeti

1.2. Aynî Hakkın Konusu

Aynî hakkın konusunun hak sahibinin ayn, yani mal üzerindeki hakları olduğunu, bu hakların malı kullanma, ürünlerinden yararlanma ve mal üzerinde tasarrufta bulunma şeklinde ortaya çıktığını gördük. Bir mala sâhip olan kişiden söz ettiğimizde, ki artık bu kişiye mâlik diyoruz, bu kişinin mal üzerindeki yetkilerin tümüne birden sahip olması aklımıza gelir. Ancak bu mal üzerindeki bu yetkilerden bir kısmı, yani biri veya ikisi bir başkasının elinde bulunuyor olabilir. Dolayısıyla bir kişi bir mal üzerinde anılan yetkilerin tümüne sahipse bu yetkinin sınırlandırılmamış olduğunu ifade etmek için mutlak aynî hak şeklinde nitelenir. Bir mal üzerindeki ilgili yetkilerin hepsi değil de yalnızca biri veya ikisi bir başkasının elinde bulunuyorsa bu durumda bir sınırlı aynî haktan söz edilir.

2. FIKIHTA HAK KAVRAMI

Sözlükte “her bakımdan ve şüphesiz bir şekilde sabit olan şey” anlamına gelen hak, hukukun tanıdığı yetki ve yükümlülük doğuran bir aidiyet olarak tanımlanabilir.¹⁴ Haklar

¹⁴ Zuhaylî, Vehbe, *el-Fıkhü'l-islâmiyyü ve edilletühü*, Dâru'l-Fıkr, Dımaşk, t.y., IV, 366; Erdoğan, Mehmet, *Fıkh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Rağbet Yayınları, İstanbul 1998, s. 132.

çeşitli açılardan taksim edilmektedir. Hakkın mahalline göre yapılan taksimde şahsî hak ve aynî hak ayırımına gidilmektedir.

Şahsî hak, hukukun bir şahıs için, başka bir şahıs üzerinde varlığını kabul ettiği haktır. Aynî hak ise, hukukun bir şahıs için belirli bir eşya üzerinde tanıdığı haklardır.¹⁵ Aynî haklar eşya hukukunun temel konularından biridir.

2.1. Hakkın Unsurları

Özellikle çağdaş fıkıh literatüründe yapılan tanımlardan hakkın dört unsurunun bulunduğu söylenebilir: Bunlar hakkın konusu, hak sahibi, hakkın borçlusunu ve hakkın hukukiliği (meşruiyeti) olarak sıralanabilir.

a) Hakkın konusu: Hakkın konusu genelde maddî bir mal, menfaat veya bir şahıs üzerindeki yetki şeklinde ortaya çıkar. Bir hakkın konusu, satılan bir malın bedeli gibi maddî bir mal veya kiralanmış evde oturma gibi bir menfaat olabileceği gibi satılan şeyin teslimi, emanetin teslimi, suçluya cezanın infazı gibi yerine getirilmesi gereken icâbî bir eylem veya bir iş yapmaktan kaçınma şeklinde selbî bir fiili konu alan talep ve yetki de olabilir.

b) Hak sahibi: Hak sahibi veya hakkın alacaklısı hakkın aktif süjesi olup özellikle muamelât hukuku alanında hak sahibi kural olarak insandır. Eşya ise hak sahibi değil hakkın konusudur.

İrtifak hakkı bir gayr-ı menkûl üzerinde diğer gayr-ı menkûl lehine kurulan bir haktır. Lehine irtifak hakkı kurulan gayr-ı menkûlün sahibi değişse bile bu hak değişmez. Lehine irtifak hakkı kurulan gayr-ı menkûl sanki gerçek hak sahibi gibi değerlendirilmiş gözükebilir. Ancak burada da gerçekte hak sahibi olan şahıslardır ve irtifak sahibi bu hakkını hâkim akarın mâliki olma vasfı ile kazanmıştır.

c) Hakkın borçlusunu: Hakkın borçlusunu hakkın pasif süjesi olup hukuk dilinde genelde mükellef veya borçlu adıyla anılan kişi veya kişilerdir. Meselâ mülkiyet hakkı, babanın çocuğu üzerindeki velâyet hakkı, karı-kocanın karşılıklı hakları, eşitlik ve hürriyet gibi temel haklar çok defa üçüncü şahıslara pasif (hakkı ihlâl edecek şeylerden kaçınma anlamında selbî), bazen de aktif (icâbî) bir yükümlülük yükler.

d) Hakkın meşruiyeti: Hakkın meşruiyeti, bir yetkinin hak olabilmesi hakkın amacı olan faydanın din ve hukuk düzeni tarafından tanınmış olması veya yasaklanmamış bulunması demektir. İslâm hukuk düşüncesinde hakkın meşruiyeti İslâm'ın genel meşruiyet anlayışının bir parçasını teşkil etmekte olup hukukî (kazâi) meşruiyet bu anlamda genel dinî meşruiyete dayanır.

2.2. İlgili Olduğu Mahal Bakımından Haklar

Ayna Taalluk Eden Haklar- Zimmete Taalluk Eden Haklar

Hakkın mahalline göre yapılan taksimde şahsî hak ve aynî hak ayırımına gidilmektedir.

¹⁵ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-islâmiyyü ve edilletühü*, IV, 376.

Şahsî hak, hukukun bir şahıs için, başka bir şahıs üzerinde varlığını kabul ettiği haktır. Aynî hak ise, hukukun bir şahıs için belirli bir eşya üzerinde tanıdığı haklardır. Aynî haklar eşya hukukunun ana temel konularından biridir.

Aynî hak, eşya üzerinde söz konusu olan, sahibine eşya üzerinde hâkimiyet sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen haklardır. Eşya üzerindeki hâkimiyetin dış görünüşü, fiilî tasarruftur. Taşınır mallarda zilyetlik, taşınmaz mallarda ise tapu sicili eşya üzerindeki fiilî tasarrufu göstermektedir.

Zilyet, bir nesneyi bilfiil elinde bulundurandır. Bir kimse kolundaki saatin, bindiği arabanın zilyedi olur.

Zimmet, insanları borçlanmaya ehil kılan, vücup ehliyetinin gerektirdiği, hukukun insanlarda varsaydığı manevi bir vasıftır. Her şahsın bir zimmeti vardır. Ne kadar çok olursa olsun bütün borçlarını içine alır.

Aynî Hak Şahsî Hak Ayırımının Hukukî Neticeleri

1-Takip Hakkı:

Aynî hak, sahibine hak konusu malı takip hakkı verir. Ayn ile ilgili dava ancak zilyede karşı açılır. Aynî hak konusu olan mal hangi sebeple olursa olsun ve kimin eline geçerse geçsin hak sahibi hakkını ondan talep eder.

Örnek: (A), (B)'nin atını gasbederek (C)'ye satsa, (B) atını geri almak için başvuracağı ve dava edeceği şahıs (C)'dir. (B)'nin at üzerindeki mülkiyet hakkı aynî bir haktır. Bu hakkın konusu olan at kimin eline geçerse (zilyet olursa) hak sahibi ona karşı hakkını ileri sürer ve talep eder.

Şahsî hak, borçlunun zimmetini meşgul eder. Bu sebeple şahsî haklarda zimmeti borçlanan kim ise borcun ödenme talebi ona yapılır. Alacaklı malı değil, borçluyu takip eder.

Örnek: (A), (B)'ye yüz kilo buğday ödünç verse, (B) de bu buğdayı (C)'ye satsa, (A) hakkını buğdayı elinde bulunduran (C)'den değil (B)'den talep edecektir. Çünkü (A) sahibi bulunduğu yüz kilo buğdayı (B)'ye ödünç verince buğdayın mülkiyeti (B)'ye intikal etmiş, (A)'nın hakkı (B)'nin zimmetinde şahsî bir hak haline gelmiştir.

Takip hakkı bakımından bu farklılığın olmasının sebebi, aynî hakkın belirli bir mal üzerinde gerçekleşmesi, şahsî hakkın ise borçlunun zimmeti ile ilgili olmasıdır.

2-Öncelik Hakkı:

Aynî hak sahibinin imtiyaz ve öncelik hakkı vardır. Şahsî hak sahibinin ise genel olarak bir öncelik hakkı bulunmamaktadır.

Örnek: Alacağına karşı borçludan rehin alan alacaklı, alacağını tahsil edemezse, rehinsiz alacaklılardan önce, rehin konusu malın bedelinden alacağını tahsil etme imkânına sahiptir.

Örnek: Bir satım akdinde alıcı bedeli ödediği halde malı teslim almadan satıcı iflas etmiş olarak ölse, alıcının diğer alacaklılara nispetle o malda öncelik hakkı vardır.

Aynî haklarda öncelik hakkı umumî bir kaide olmakla birlikte şahsî haklarda öncelik hakkı sadece ölünün cenaze masrafları, nafaka alacağı gibi istisnâ durumlarda söz konusu olmaktadır.

3-İskat hakkı

İskatı mümkün olan aynî haklarda hak sahibinin tek taraflı iradesi iskat için yeterlidir.

Örnek: Bir aynî hak olan rehinde borçlu kabul etmese dahi alacaklı rehin akdini feshedebilir. Şahsî haklarda iskat için karşı tarafın rızası aranır.

Örnek: Borçlunun ibrâ edilmesinde tek taraflı irade yeterli olmayıp, borçlunun bunu reddetmemesi şarttır.

İbrâ, bir kimseyi bir davadan berî kılmak, onun hakkında davada ve hak talebinde bulunmaktan vazgeçmedir.¹⁶

4-Akdin Butlanı:

Aynî hak doğuran bir akdin hükmü yerine getirilmeden akit konusu mal zâyî olsa akit de batıl olur.

Örnek: Kullanılmış bir arabanın satımı halinde teslim ve tesellüm yapılmadan araba yandığı için teslimi imkânsız hale gelse akit batıl olur. Müşterinin malı teslim alma hakkı sâkıt olur.

Kiralanan ev yanarsa kira akdi iptal olur ve kiracının bu evden yararlanma hakkı sâkıt olur.

Şahsî haklarda ise bu durumda akit batıl olmayacaktır.

Örnek: Araba satım akdi fabrikada yeni üretilen araba gibi mislî bir mal üzerinde yapılmış olduğunda arabalardan birinin fabrikada zâyî olmasıyla akit batıl hale gelmeyecektir.

Borçlunun bütün malları helak olsa, alacaklıların hakkı sâkıt olmaz. Çünkü borç belirli bir malı değil, zimmeti ilgilendirmektedir.

5- Aynî Hakkın Şahsî Hakka Dönüşümü:

Aynî hak konusu malın zâyî olması aynî hakkın düşmesi sonucunu doğurur. Bu durumda malın zâyî olmasından sorumlu bir şahıs varsa hak sahibi ondan tazminat talep edebilir. Ancak bu durumda hak aynî olmaktan çıkmış şahsî hak olmuştur. Aynî hak, şahsî hakka dönüşmüştür.

Örnek: Gasbedilmiş mal zâyî edilirse aynî hak şahsî hakka dönüşür ve hak sahibi zâyî edene tazmin ettirir. Gasbedilen mal zâyî edilmeseydi aynî hak olarak devam edecek ve zilyet kim ise ondan talep edilecektir.

Şahsî haklarda ise, borçlunun mallarının zâyî olması, zimmet devam ettiği sürece hakkın düşmesi ya da başka hakka dönüşmesi neticesini doğurmayacaktır.

Örnek: (A) şahsının (B)'den 100 lira alacağı olsa, (B)'nin iflas etmesi ile (A)'ya olan borcu düşmeyecektir.

Bir borç ilişkisinde hakkın ayna mı taalluk ettiği yoksa zimmete mi taalluk ettiği, hakkın ilgili olduğu şeyin mu'ayyen, belirli bir mal olup olmamasıyla belirlenir. Ayn fiziki, maddi varlığı bulunan şeydir. Yukarıdaki birinci örnekte de gördüğümüz gibi aynın ikinci özelliği onun belirlenmiş bir mal olmasıdır. Bunun karşıtı olan deyn kavramı ise hakkın kişinin

¹⁶ Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 172.

zimmetine taalluk eden para veya mislî mal cinsinden bir mâlî yükümlülükle ilgili olduğunu ifade eder.

3. MALIN TARİFİ VE KISIMLARI

3.1. Malın Tarifi

Hanefî mezhebine göre bir şeye mal denebilmesi için onun ayn olması yani maddî, fizikî bir varlığının bulunması gerekir. Haklar ve menfaatler mal kapsamında değildir. Mal, insanların eğilim gösterdiği ve ihtiyaç zamanı için biriktirdiği taşınır ve taşınmaz şeylerdir. Buna göre, insanların değer vermediği, eğilim göstermediği ve bir gün ihtiyacım olur diye muhafaza etmediği şeylere mal denilmeyecektir.

Hanefî mezhebi dışındaki mezheplere göre mal, kıymeti olan ve telef edene tazmini lazım gelen her şeydir. Haklar ve menfaatler de mal kapsamındadır. Hanefî mezhebine göre, menfaatler mal sayılmadığı için zâyi olması durumunda genel bir ilke olarak menfaatin tazmini söz konusu olmaz. Menfaati de mal olarak değerlendiren mezheplere göre, menfaat zâyi edilirse tazmini gerekli olur.

Bir nesnenin mal tarifine girmesi zamana ve bölgeye göre değişebilir. Birkaç fındığın yenildikten sonra çöpe atılan kabukları mal sayılmazken, yakıt olarak kullanılmak üzere biriktiren fındikkabukları mal kapsamında olacaktır.

Bir nesnenin mal sayılıp sayılmaması önemli hukukî neticelere temel teşkil etmektedir. Hava, güneş, hayvan leşi gibi mal sayılmayan şeyler bedelli veya bedelsiz temlik (mülkiyeti nakil) akitlerine konu olmaz. Mal sayılmamakla beraber mülkiyete konu olan haklar ve menfaatler de vardır. Mesela, insan, hayvan ve eşyadan elde edilecek menfaatler bedelli (kira) veya bedelsiz (âriyet) akit konusu olabilir.

Âriyet akdi, bir kimseye bedelsiz olarak belli bir süre kullanmak üzere bir malın verilmesini konu alan bir sözleşme türüdür.

3.2. Malın Kısımları

Birçok hukuk sisteminde olduğu gibi İslam hukukunda da mal, hukukî bakımdan özelliklerine göre çeşitli kısımlara ayrılmıştır.

1. Mütakavvim Mal- Gayri Mütakavvim Mal: Mütakavvim kelimesi fıkıh kitaplarında iki manada kullanılmıştır.

a-Müslümanların faydalanmaları helal ve serbest olan mallar. Bu manaya göre; İslam dininde yenilmesi ya da kullanılması helal kılınan her türlü mal mütakavvimdir. Domuz, şarap, usulüne uygun boğazlanmamış hayvan eti ise bunları yemek içmek müslümanlara haram kılındığı için gayri mütakavvimdir.

b-Elde edilmiş, kazanılmış (ihraz¹⁷ edilmiş) ve tasarruf konusu olabilecek mallar. Bu manaya göre; denizdeki balık, havada uçan kuş yakalanınca (ihraz edilince) mütakavvim olur. Yakalanmadan ise gayri mütakavvim maldır.

¹⁷ *İhraz*, sahihsiz bir mal üzerinde malik olma iradesi ile fiili hâkimiyet (zilyetlik) tesis etmektir.

Bu tanımlara göre bir malın mütekavvim mal sayılması için gerekli unsurları şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Bir eşyanın mütekavvim mal sayılabilmesi için öncelikle o şeyin üzerinde bir mülkiyet hakkının tesis edilmiş olması gereklidir.

2. İktisadi bir değeri hâiz olmalıdır. Bir avuç toprak, bir iki pirinç tanesi gibi, insanların normalde kıymet vermedikleri miktardaki şeyler mütekavvim mal kabul edilmez, yani itlâf edildiklerinde kazâî açıdan tazmin yükümlülüğü doğurmaz.

3. Normal şartlarda kullanımına izin verilmiş olmalıdır. Burada kastettiğimiz bir şeyin zarûret durumları dışında şer' en kullanımına izin verilmiş olmasıdır. Buna göre sarhoşluk veren içki (hamr), domuz eti, hayvan leşi (meyte), kan Müslümanlar hakkında mütekavvim mal değildir. Mütekavvim olmayan mala zarar verilmesi, yok edilmesi tazmin gerektirmez. Mütekavvim olma vasfı ile mülkiyet konusu olma vasfı birbirine bağlı değildir. Mesela bir Müslümanın üzüm şırası şarap haline gelse mütekavvim olmaktan çıkar, ancak mülkiyetinden çıkmaz.

2-Mislî Mal- Kıyemî Mal: Mislî mal, birimleri arasında hesaba katılacak önemli fark bulunmadığı için biri diğerinin yerini alabilen maldır. Mislî mal çarşı-pazarda önemli fiyat farkını gerektirecek bir fark bulunmaksızın benzeri bulunan maldır. Fabrikalarda seri imalatı yapılan mallar, mislî mal sınıfına dâhildir. Mislî malların aynı cins ve vasıfta olanları, birimleri itibariyle eşittir. İnsanlar birini diğerinin yerine kabul eder. **Örnek:** Katı ve sıvı yağlar, Tosya pirinci, Çorum leblebisi, tuz, kuru üzüm, ceviz, para, kâğıt. Kıyemî mal, çarşı-pazarda dengi bulunmayan, bulunsa da fiyatça farklı olan, biri diğerinin yerini alamayacak kadar birimleri arasında fark bulunan maldır. Aynı cins ve vasıfta olsalar dâhi arasında farklılıklar bulunan, insanların birini diğeri yerine kabul etmediği, her birine ayrı değer biçtiği mallardır. **Örnek:** Araziler, hayvanlar, el dokuması ürünler, yazma kitaplar, antika eserler.

3-Tüketilen Mal-Kullanılan Mal

Bir maldan maksada uygun olarak yararlanmak, ancak onu tüketmekle mümkün oluyorsa bu mala tüketilen mal denir. Yiyecek, içecek ve yakacak maddeleri gerçek manada tüketilen mallardır. Para da hukukî manada tüketilen maldır. Kullanılan mallar ise uzun süre kullanıma elverişli, sağladıkları faydanın maddî varlıklarının tüketilmelerine bağlı olmayan mallardır. Araba, ev, kitap, giysi gibi kullanıcının ve eşyanın kendi özelliklerine bağlı olarak dayanıklılık süreleri değişmekle birlikte uzun süre kullanıma elverişli mallar bu tür mallardandır. Tüketilen mallarda kira, ariyet gibi malın kendinden değil de menfaatinden faydalanma amacıyla yapılan akitler yapılamaz. Çünkü tüketilen malın aslını koruyarak menfaatinden yararlanmak mümkün değildir. Para, hububat gibi tüketilen mallarda karz akdi yapılabilir.

4-Taşınır (Menkul)Mal- Taşınmaz (Gayrimenkul) Mal

Bir yerden başka yere taşınması mümkün olan mala taşınır mal denir. Para, ticarî eşya, hayvanlar, ölçülen ve tartılan eşyalar taşınır mallara örnektir. Bir yerden başka yere

bozmadan, tahrip etmeden taşınması mümkün olmayan mallara taşınmaz mal denir. Hanefiler arazi üzerindeki bina ve ağaçlara iki yönden bakmışlar, tek başına olunca bunları menkul, arazi ile beraber düşünülünce ona tâbi olarak gayrimenkul saymışlardır. Mâlikîler böyle bir ayırıma gitmeden bunları her durumda gayrimenkul mal olarak kabul etmişlerdir.

Malların menkul, gayrimenkul olarak ayrılması bir takım hukukî hükümlerde farklılıklar doğurmaktadır. İrtifak ve şüf'a hakları sadece gayrimenkul mallarda söz konusu olur. Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'a göre, müşterinin gayrimenkulü kabzetmeden önce satması caizdir. Menkulün kabzdan önce satımı caiz değildir.

5-Bölünebilen Mal-Bölünemeyen Mal

Kıymetinde önemli bir azalma olmaksızın, amaca uygun kullanım vasfı bozulmadan parçalara ayrılabilen mallar bölünebilen mallardır. Yiyecek, içecek, yakacak bölünebilen mallara örnektir.

Bir mal parçalanınca kıymeti önemli ölçüde azalıyorsa ve faydasız hale dönüşüyorsa buna bölünemeyen mal denir. Kıymetli taşlar, gömlek, pantolon, araba bölünemeyen mallardandır. Akar, ev ve dükkân gibi taşınmaz mallar bölündüğü takdirde bütünü gibi faydalanma imkânı veriyorsa bölünebilir maldır, aksi halde bölünemeyen maldır.

Eşya hukuku bakımından bölünebilen-bölünemeyen ayırımı, ortak mülkiyetin sona erdirilmesi durumlarında önem taşımaktadır.

6-Sahipli Mal-Serbest Mal-Kısıtlı Mal

Sahipli mal, hakikî veya hükûmî bir şahsın mülkiyeti altında bulunan maldır. Mülk sahibi malı üzerinde kullanma, faydalanma ve tüketme gibi tüm haklara sahiptir.

Serbest (mubah) mal, özel mülkiyete konu olabilen fakat henüz üzerinde mülkiyet tesis edilmemiş bulunan mallardır. Kaynağındaki su, av hayvanları, serbest sahadaki yabanî meyve ve ağaçlar serbest mallara örnektir. Bu malları kim ihraz ederse onun olur.

Kısıtlı (mahcur) mal, üzerinde mülkiyet tesis edilmesi hukukî olarak men edilen mallardır. Bunlar ferdin mülkiyeti altında olmayıp, kamunun yararlanmasına tahsis edilmiştir. Kamunun ihtiyacı olan bu tür malların aynına kimse el koyamaz. Herkes ondan yararlanabilir. Vakıf malları, meydanlar, parklar, yollar bu tür mal çeşitlerindedir.

7- Ortak Mallar

Hadis-i şerifte Müslümanların su, ot ve ateşte ortak oldukları bildirilmiştir. (Ebû Dâvûd, İcâre, 26, 3479) Buna göre Müslümanlar bu üç maldan ihtiyaçları kadar bedelsiz yararlanma hakkına sahiptirler.

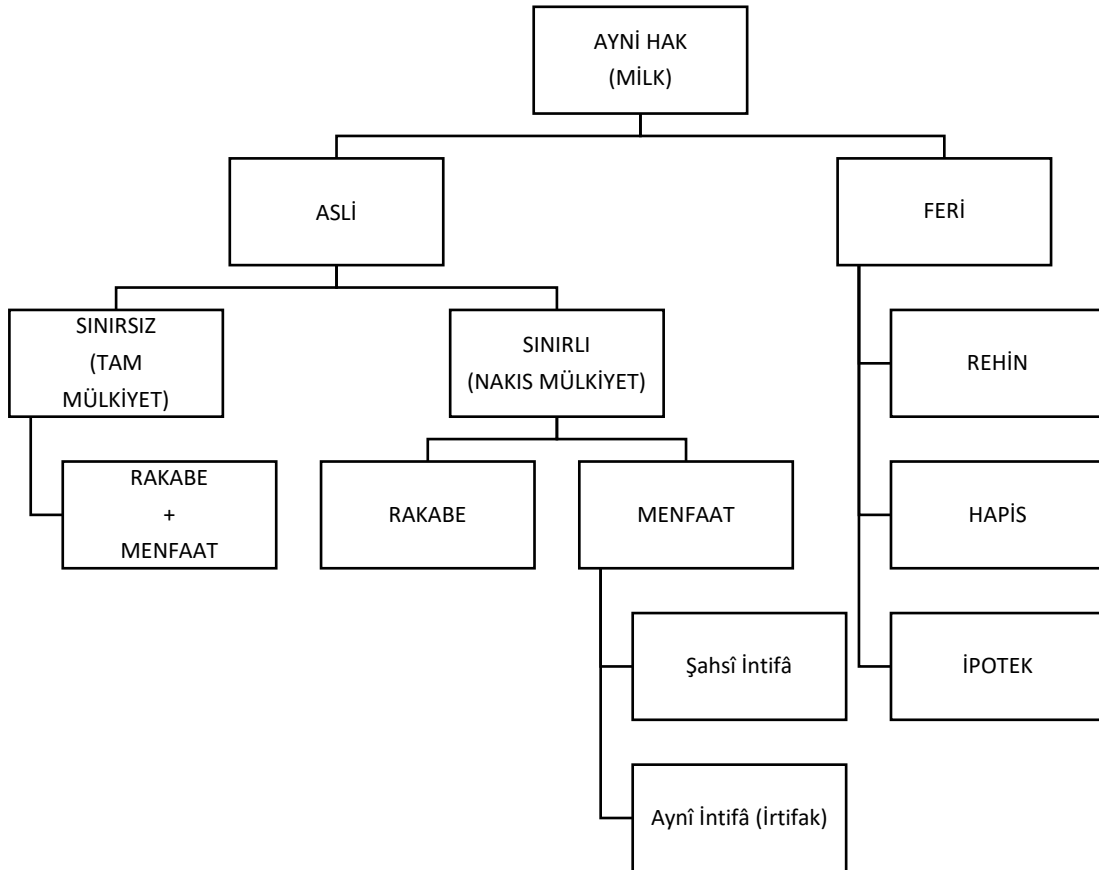
a-Su: Yeraltında veya kuyuda bulunan sudan herkes ihtiyacı kadar kullanma hakkına sahiptir. Suyun hususî mülk içinde bulunması, ortak yararlanmaya engel değildir. Yakınlarda başka su yoksa kuyunun bulunduğu arazinin sahibi içme, yıkanma gibi ihtiyacı olanları sudan men edemez. Bir kimsenin havuzda, kapta, depoda toplayıp biriktirdiği sular kendi mülküdür. Başkalarının bunda hakkı yoktur.

b- Ot: İster sahipli arazide olsun, ister sahipsiz arazide bulunsun, kendiliğinden bitmiş otlardan herkesin eşit yararlanma hakkı vardır. Ancak kendiliğinden biten ot, sahipli arazide

ise ve arazi sahibinin ota ihtiyacı var ise öncelikle yararlanma hakkı arazi sahibindedir. Sahipli arazilerdeki kendiliğinden yetişmeyip tarla sahibinin ektiği otlar şahsî mülküdür.

c- Ateş: Sahipsiz arazide bir kimsenin yaktığı ateşten, başkalarının da ısınma, aydınlanma çıra tutuşturma hakları vardır. Yakıtını kendi temin etmiş olsa dahi ateş yakan bu tür faydalanmalardan insanları men edemez.

4. AYNÎ HAK VE KISIMLARI



MÜLKİYET KAVRAMI VE ASLÎ AYNÎ HAKLAR

Mülkiyet, “Bir ayn veya menfaat üzerinde varlığı kabul edilen ve ait olduğu kimseye bizzat faydalanma, bundan vazgeçtiği takdirde karşılığını alma yetki ve iktidarını veren hukukî bir hükümdür.”

Yapılan bu tanımda geçen ifadeleri şu şekilde açıklamak mümkündür. “Bir ayn veya menfaat üzerinde”: Mülkiyet, eşya (ayn) üzerinde olduğu gibi menfaat üzerinde de söz konusudur. Mesela, satın alan aldığı mala sahip ve malik olurken, kiralayan da kiraladığı malın menfaatine malik olmaktadır. “Varlığı kabul edilen”: Eşya ve menfaat üzerindeki mülkiyet hakkı maddî bir varlık olmayıp, hukukî bir kavram, insan-eşya arası hukukî bir ilişki olduğu için tanımda “takdir edilen, varlığı kabul edilen” ifadesi bulunmaktadır. “Hukukî hüküm”: Mülkiyetin sebep-sonuç ilişkisi hukuk tarafından ortaya konmuş bulunan bir hak olduğunu anlatmaktadır.

Mülkiyet hakkında bir başka tanım şu şekildedir: “*Mülkiyet, bir engel bulunmadıkça hukuken yalnızca sahibine tasarruf imkânı veren, herkese karşı ileri sürülebilen bir haktır.*”

Bu tanımda geçen ifadeleri şu şekilde açıklamak mümkündür. “*Bir engel bulunmadıkça*”: Bazen tasarrufu engelleyen durumlar bulunabilmektedir. Mesela ehliyetizlik halinde mülkiyet hakkı vardır, fakat sahibinin tasarruf yetkisi yoktur. Veli ya da vasi onun adına tasarrufta bulunur. Aynı şekilde ortak malda ve rehnedilen malda başkalarının da hakkı bulunduğu için ortaklık ve rehin tasarrufa engel olur. “*Yalnızca sahibine*”: Bu ifade, mülkiyet hakkında tekel (inhisar) bulunduğunu ifade eder. Bir malın bir kimseye ait olması, başkasının tasarruf etmesine manidir. Bunun istisnası, velayet, vesayet, vekâlet gibi bir gerekçenin bulunmasıdır. “*Herkese karşı ileri sürülebilir*”: Buna göre, sahibi izin vermedikçe başkaları, mülkiyet konusu mal ve menfaat üzerinde tasarruf edemez. Mülkiyet, izinsiz tasarrufa engeldir, bu engel aşılsa malik, müdahaleyi men veya istihkak davası açabilir.

İstihkak davası, taşınır ya da taşınmaz bir mal üzerindeki mülkiyet hakkına dayanarak malikin, zilyetliği haklı bir nedene dayanmayan kişiye karşı malın kendisine iadesi amacıyla açtığı davadır.

İslam hukukunda mülkiyet hakkının konusu sadece mallar olmayıp, bir kısım haklar ve menfaatler de aynı konu içinde yer almaktadır. Mülkiyet hakkı varlığını, hukukun tanıma ve kabulüne borçludur. Hukuk nerede bu ilişkiyi tanımış ve kabul etmişse orada mülkiyet vardır, hukukun tanımadığı yerde bu hak mevcut değildir.

4.1. Mülkiyet Hakkının Mevzûu (Konusu)

İslam hukukunda mülkiyet hakkının konusu şu şekilde belirlenmiştir:

1-Mülkiyete elverişli tüm mallar

2-Menfaatler

3-Sırf sahibine ait olma (ihtisas) ve başkalarının tasarruflarına mani olma (hâciz) vasıfları taşıyan haklar: Şüf'a hakkı, iş sözleşmesi akdinden doğan işverene ait menfaat hakkı, alacaklının alacağı, evlenme akdinden doğan faydalanma hakkı, vakıflardan faydalanma hakkı.

4.2. Mülkiyet Hakkının Özellikleri

Mülkiyet hakkını diğer haklardan ayıran özellikler vardır. Mülkiyet hakkının başlıca özelliklerini şu şekilde açıklayabiliriz.

1-Ayn-Menfaat İlişkisinde prensip olarak ayn mülkiyeti, menfaat mülkiyetini gerektirir. Ayn kapsamına giren mala malik olan kişi onun menfaatine de malik olur. Örnek: Evin mülkiyeti kimde ise oradan yararlanma hakkı da onundur. Bir malın menfaat mülkiyetine sahip olmak, ayn mülkiyetini gerektirmez. Örnek: Kiracı oturduğu evin sadece menfaat mülkiyetine sahiptir. Kiracı olmak evin ayn olarak mülkiyetine sahip olmayı sağlamaz. Âriyet olarak alınan eşyanın sadece menfaatinden yararlanır, eşyanın ayn mülkiyeti sahibine aittir.

2-Kimsenin mülkiyetinde bulunmayan eşya üzerinde sabit olacak ilk mülkiyet daima tam mülkiyettir. Tam mülkiyet eşyanın hem aslına hem menfaatine malik olmaktır. Örnek: Ormandan toplanan odun, nehirden alınan su, imar edilen ölü arazi

3-Ayn mülkiyeti belli bir zamanla sınırlanamaz. Mülkiyeti devredilmedikçe bu hak varlığını devam ettirir. Örnek: Geçici olarak satım akdi yapılamaz. Menfaat mülkiyeti ise prensip olarak geçicidir. Müddet bitince faydalanma hakkı sona erer ve menfaat mülkiyeti de ayn sahibine döner. Örnek: Kira, âriyet akitleri zamanla sınırlıdır. Menfaatin kirada olduğu gibi bedelli olarak devredilmesi durumunda belirlenen süre bağlayıcıdır. Menfaatin âriyette olduğu gibi bedelsiz olarak devredilmesi durumunda belirlenen süre bağlayıcı değildir. Örnek: Kiraya veren süre dolmadan kiracıdan evden çıkmasını isteyemez. Âriyet veren, istediği zaman malını geri talep edebilir.

4-Ayn mülkiyeti devri kabul eder, fakat iskatı (düşürme) kabul etmez. Bir şahıs malını mülkiyeti devir yollarından birisi ile başkasına devredebilir. Ancak başkasına devretmeksizin mülkiyet hakkını düşürmesi, malın sahibi olmaktan vazgeçmesi hukukî netice doğurmaz. Mülkiyeti düşürülen mal yine sahibinin malı olmaya devam eder. Örnek: Garajda çürümeye terk edilen arabanın vergisini ödememek için sahibinin on yıl önce mülkiyeti iskat ettiğini beyan etmesi hukukî bir gerekçe olmaz, tüm vergilerini ödemekle yükümlü olur.

5-Bir mala belli oranda ortak olan şahıs kendi hissesi üzerinde satım, vakıf, vasiyet gibi tasarruflarda bulunabilir. Ancak Hanefîler ortak malın teslimindeki güçlüğü dikkate alarak kira, rehin ve hibe akdinin şâyi hisseli ortak mal üzerinde yapılamayacağını savunmuşlardır.

4.3. Mülkiyetin Çeşitleri

Mülkiyet çeşitli açılardan kısımlara ayrılmıştır.

4.3.1. Konusu Bakımından Mülkiyetin Çeşitleri

1-Ayn Mülkiyeti (Rakabe Mülkiyeti): Eşyanın maddî varlığına, bizzat kendisine sahip olmaktır. Örnek: Gayrimenkuller, ev eşyası, araba, hayvan üzerindeki mülkiyet

2-Menfaat Mülkiyeti: Eşyanın kendisine değil, ondan yararlanma ve kullanma hakkına sahip olmaktır. Menfaat mülkiyeti kira, âriyet, vakıf gibi yollarla elde edilir. Örnek: Kütüphaneden alınan kitaptan yararlanma hakkı, başkasına ait tarlayı ekme hakkı ve kiracının evde oturma hakkı

3-Deyn Mülkiyeti: Zimmetteki alacağa deyn denilmektedir. Deyn mülkiyeti zimmetteki alacağa malik olmaktır. Örnek: Ödünç verilen para, ödünç alanın zimmetinde borç (deyn), bunun alacaklısı ise o paranın malikidir. Alacaklı talep ettiğinde borçlu para borcunu misli ile ödeyecektir.

4.3.2. Tam Olup Olmama Bakımından Mülkiyetin Çeşitleri

1-Tam Mülkiyet: Hem ayn hem de menfaat mülkiyetine sahip olmaktır. Tam mülkiyet kişiye sahip olduğu şeyde tam salahiyet yetkisi, kullanma ve işletme hürriyeti kazandırır. Örnek: Bir kişinin kendi evinde ikâmet etmesi, sahip olduğu arabayı kullanması

2-Eksik (Nâkıs) Mülkiyet: Bir şeyin ya sadece aynına ya da sadece menfaatine sahip olmaktır. Örnek: Kiracının evde oturma hakkı (sadece menfaatine malik), Evini kiraya verenin ev üzerindeki mülkiyet hakkı (sadece evin aynına malik)

Hanefilere göre bir şeyin mülkiyet konusu olması ile mal olması arasında fark vardır. Menfaat ve deyn mülkiyet konusu olur, fakat mal sayılmaz. Mal, fizikî varlığı olan şeydir. Mâlikîler ve Şafîiler ise menfaatleri de ayn gibi mal saymışlardır.

4.3.3. Bağımsızlık Bakımından Mülkiyetin Çeşitleri

1-Müstakil Mülkiyet: Bir eşya üzerinde başkası ile ortak olmadan tek başına mülkiyet hakkına sahip olmaktır. Örnek: Ev, araba, tarla... üzerinde bir kişinin tek başına mülkiyetinin olması

2-Şâyi Mülkiyet: Birden fazla kişinin bir eşya üzerinde belirli oranda mülkiyet hakkına sahip olmasıdır. Ortağın dörtte üç, sekizde bir gibi oranı belirlenmiş payına şâyi hisse denir. Bir tarlanın dörtte birine sahip olan şâyi hisse sahibi tarla üzerinde sınırları çizili dörtte bir miktara değil, sınırları çizilmemiş, belirlenmemiş bir şekilde eşyanın tümü üzerinde dörtte birine maliktir. Örnek: Evin yarısına, tarlanın dörtte birine, demirin yirmide birine ortak olmak.

Bir mülk üzerindeki ortaklıklar probleme yol açtığı zaman ortaklık sona erdirilir. Buna şüyûun izalesi denir. İslam hukukunda şüyûun izale yolları taksim, muhâyee ve cebrî satışır.

a-Taksim (Kısmet): Taşınır ya da taşınmaz mal, bütününe önemli bir zarar verilmeden bölünebiliyorsa, mal bölünerek ortaklık sona erdirilir. Bunun iki yolu vardır. Taksimi taraflar aralarında anlaşarak yaparlarsa buna rıza taksimi denir. Ortakların anlaşamamaları durumunda tarafların müracaatı üzerine hâkimin malı taksim etmesine de kaza taksimi denir.

Taksimden sonra herkes eşya üzerinde kendi payına bağımsız olarak malik olur. Payı belli olan ortak sahip olduğu mutlak mülkiyet hakkı ile satış, kira, rehin gibi istediği akdi yapabilir.

b-Muhâyee: Taksimün mümkün olmaması durumunda başvurulacak ikinci yol eşyanın menfaatinin bölüştürülmesidir. Bu durumda ortak mülkiyet devam etmekte fakat mülkiyete konu olan malın menfaati zaman ya da mekân itibariyle paylaşılırılmaktadır.

Muhâyee karşılıklı rıza ile yapılabileceği gibi, Hanefî mezhebine göre ortaklardan birisinin talebine dayalı olarak hâkim kararı ile de gerçekleşebilir. Diğer mezheplere göre ise, hâkimin hükmü ile muhâyee caiz değildir.

Zaman itibariyle paylaşmaya örnek: Bir evde bir yıl ortaklardan birisinin, ertesi sene diğer ortağın oturmasıdır. Mekân itibariyle paylaşmaya örnek: Ortak olan evin yarısında ortaklardan birinin, diğer yarısında da öteki ortağın oturmasıdır.

4.4. Mülkiyetin Kazanılması

Mülkiyetin ilk olarak ve doğrudan elde edilmesi ile, daha önce elde edilmiş mülkiyet hakkının başkasına devredilmesinin hukukî yolları vardır. Bu yollara milk sebepleri (malik olma yolları) denir. Mülkiyeti kazanma yolları aralarındaki hüküm farklılıkları sebebiyle

konuyu; mülkiyeti genel kazanma yolları, toprak mülkiyetinin kazanılması ve maden mülkiyetinin kazanılması olarak üçe ayırmak mümkündür.

4.4.1. Mülkiyeti Genel Kazanma Yolları

Bu başlık altında toprak ve maden mülkiyeti dışında kalan eşyanın kazanılma yolları ele alınmaktadır. Mülkiyeti genel kazanma yolları aslen mülkiyet kazanma ve devren mülkiyet kazanma olarak ikiye ayrılmaktadır. İhraz, lukata ve define bulmak, hukukî tağyir ile karışma-karıştırma mülkiyeti aslen kazanma yollarıdır. Akitler ve halefiyet ise mülkiyeti devren kazanma yollarıdır.

MÜLKİYETİ KAZANMA YOLLARI

Mülkiyeti Aslen Kazanma Yolları

İhraz
Lukatayı Bulmak
Define Bulmak
Hukukî Tağyir
Karıştırma ve Birleşme

Mülkiyeti Devren Kazanma Yolları

Akitler
Halefiyet

A. Mülkiyeti Aslen Kazanma Yolları

Mülkiyeti aslen kazanma yolları başlığı altında, sahipsiz malı ya da sahipsiz hale gelmiş malı bir şahsın mülkiyetine geçirmesi konuları ele alınmaktadır.

a-İhraz: Sahip olmak amacıyla sahipsiz bir mal üzerinde zilyetlik kurmak ve böylece ona malik olmaktır. Karadaki, havadaki veya denizdeki sahipsiz ve özel mülkiyete konu olabilecek mallara usulüne göre el koyan bu malların mülkiyetini kazanmış olur. İhraz, hiç kimsenin mülkü olmayan bir şey üzerinde mülkiyet kazandıran bir sebeptir.

Örnek: Nehirden kovasına su dolduran o suyun sahibi olur. Avlanan hayvanlar avcının mülkü olur. Yol kenarlarında kendiliğinden yetişen böğürtlenler toplayanların olur.

Hiçbir şahsın mülkiyetinde olmayan bir malı ihraz edebilmek için başka birisinin daha önce onu ihraz etmemesi lazımdır. Ayrıca kişinin mülk edinme kastının bulunması gerekir.

b-Lukatayı Bulmak: Lukata, kaybolmuş olarak bulunup da sahibi bilinmeyen mallardır. Hz. Peygamber (s.a.v) lukatayı bulanın şahit tutmasını istemektedir. “Kim bir lukata bulursa, bir veya iki adaletli kişiyi şahit tutsun, gizlemesin ve kaybetmesin...”¹⁸ Sahibi çıktığında vermek amacıyla alınan lukatayı, alırken şahit tutan ve sahibini bulmak üzere ilan eden kişinin elinde bulunduğu mal emanet hükmündedir. Bu sebeple kusur olmaksızın zâyi olursa tazmin sorumluluğu yoktur. Buluntu mal, sahiplenmek amacıyla alınmışsa emanet hükümleri geçerli olmayacağı için telef ve zarardan malı alan kimse sorumlu olur. Lukatanın sahibi geldiğinde ve o malın kendisine ait olduğu ortaya çıktığında malın ona teslim edilmesi gerekir. Sahibinin kaybettiği malını almaya gelmeyeceği kanaati oluşacak kadar bir zaman

¹⁸ Ebû Dâvûd, Lukata, 9, 1709.

geçince, Hanefilere göre, bulan kişi bunu bir fakire verir ancak eğer ihtiyacı varsa kendisi o malı kullanabilir. Şâfiî ve Hanbelîlere göre, fakir de olsa zengin de olsa bulunan mal bulanın mülkü olur.

c-Define Bulmak: Define (kenz), insanlar tarafından yeraltına gizlenen veya deprem, heyelan, sel gibi afetler sonucu yer altında gömülü kalan altın, gümüş ve kıymetli taşlardır. Fıkıh kitaplarında geçen “rikaz” kavramı hem defineyi, hem de madenleri ifade eden daha geniş anlamı bir kavramdır. Yer altında bulunan definenin üzerindeki işaretlerden Müslümanlara ait olduğu anlaşılırsa lukata hükümleri uygulanır. İslam’dan önceki zamanlara ait define bulunduğunda bazı müctehitlere göre beşte biri devletin, geri kalanı bulanındır. Buna göre defineyi bulmak da mülkiyeti aslen kazanma yolu olmaktadır.

d-Hukukî Tağyir: Tağyirin sözlük anlamı, değiştirmek, başkalaştırmaktır. Hukukî bakımdan tağyirin gerçekleşmesini fukaha isim değişikliğine bağlamıştır. Bir şeyin isminin değişmesi eşyanın mahiyet bakımından değişmesi demektir.

Hukukî tağyirin gerçekleşme şartları:

Birincisi, şeyin (aynın) ismi değişmelidir. Örnek: Buğdayın un, kumaşın elbise olması

İkincisi, eşyadaki değiştirme, başkasının malında ondan izin alınmadan yapılmış olmalıdır.

Üçüncüsü, değişme tabîi etkenlerle değil, bir şahsın fiili sonucu meydana gelmelidir. Bu sebeple meyvenin zamanla kurumması tağyir değildir.

Hukukî tağyirin hükmü:

Hukukî tağyir gerçekleştiğinde değişikliğe uğrayan mal, sahibinin mülkiyetinden çıkar. (A)’nın elindeki buğday onun izni olmaksızın (B) tarafından öğütülüp un yapılmıca (A)’nın buğday üzerindeki mülkiyeti sona erer. (A)’nın mülkiyeti un üzerinde değil, haksız bir fiil ile tağyir edilmiş buğdayının tazmini üzerinde söz konusudur. (B)’nin mülkiyeti elde edip edemeyeceği hususunda iki görüş vardır.

Birinci içtihadı göre, hukukî tağyir aynı zamanda mülkiyet kazanma yoludur. Bu sebeple eşyayı tağyir eden ona malik olur. Değişikliğe uğrattığı malın bedelini tazmin sorumluluğu devam eder.

İkinci içtihadı göre, hukukî tağyir mülkiyet kazanma yolu değildir. Tazminat ödeme, hâkimin tazminata hükmü, tarafların bir bedel üzerinde anlaşmaları ve mal sahibinin ibrâsı yollarından birisi gerçekleşmeden mülkiyet kazanılmaz. Değişikliğe uğratılan maldan faydalanmak helal olmaz.

e-Karıştırma ve Birleşme: İki mal birbirinden ayrılması mümkün olmayan ya da ayrılmaları çok zor ve zararlı olacak şekilde birbirine karıştırılır veya karışır ise aslen mülkiyet kazanma sebebi doğmuş olur.

Gayrimenkullerde Karışma-Birleşme:

Karıştırma amacı olmadan meydana gelen karışma ve birleşmelerde değeri az olan çok olan tâbi olur. Örnek: Toprak kayması sebebiyle iki arazi birleşirse, daha kıymetli arazisi olan kıymeti az olana mülkünün kıymetini ödeyerek birleşmiş olan araziye sahip olur.

Tarafların rızası olmadan kasıtlı olarak karıştırma ve birleştirme yapılırsa, bu durum mülkiyet kazanma sebebi olamaz. Örnek: (A), değeri beş yüz lira olan (B)'nin arazisini gasbedip üzerine bin lira değerinde bina yapsa, bedelini ödeyerek arsaya malik olamaz. Arazi sahibi (B) binayı yıktırma ve arazisini eski haliyle geri alma hakkına sahiptir.

Menkul Mallarda Karışma-Birleşme:

Menkul mallar, isteyerek ya da istemeyerek birbirine karışırsa bu durum ortak mülkiyete sebep olur. Çünkü bunların birbirinden ayrılması ya imkânsız ya da çok zordur. Örnek: Buğday, buğday ile karışırsa sahipleri karışan miktarlar oranında ortaklaşa malik olurlar.

Birbirine karışan iki şey arasında kıymet bakımından önemli fark bulunursa değeri az olan çok olana tâbi olur. Örnek: Tavuk inciye yutarsa inci sahibi bedelini ödeyerek tavuğa sahip olur.

B. Mülkiyeti Devren Kazanma Yolları

Mülkiyeti devren kazanma yolları, sahibi bulunan bir malı, onun rızası veya salahiyetli makamın hükmü ile başkasının mülkiyetine geçirmektir. Bu şekilde mülkiyet kazanmak için akitler ve halefiyet olmak üzere iki yol bulunmaktadır.

a-Akitler

Borçlar hukukunun en önemli konusunu teşkil eden akitler, mülkiyet kazanmanın en önemli ve en yaygın şeklidir. Akit, hukukî bir sonuç meydana getirmek amacıyla karşılıklı iki iradenin birbirine uygun olarak beyan edilmesi (icap-kabul) ile kurulur. İslam hukukunda akitlerin başlıca özellikleri şunlardır:

a-Usulüne uygun olarak kurulan akitler, yapıldığı anda mülkiyetin intikalini sağlar. Örnek: Satım akdi tamamlanınca satın alan mala, satan da bedele malik olur.

b-Bedel karşılığı yapılan ıvazlı akitlerde akdin tamamlanması mülkiyetin intikali için yeterlidir. İvazsız (bedelsiz) akitlerde mülkiyetin intikali teslim etme ve teslim alma işleminin tamamlanmasından sonra gerçekleşir. Örnek: Satım akdinde akit tamamlanınca mülkiyet intikal eder. Hibede malın tesliminden (kabz) sonra mülkiyet intikal eder.

c-Satıştan sonra ve teslimden önce satım konusu malda meydana gelen artışlar, semereler satın alana aittir. Örnek: Bir hayvanın satışı yapıldıktan sonra teslim öncesinde hayvanın kilosundaki ortaya çıkan artışlar alana aittir. Satıcı ilave ücret isteyemez.

d-Alıcı veya satıcı teslimden önce iflas etmiş olsa bile bu durum akdin mülkiyeti nakletme fonksiyonunu engellemez. Satılan mal satın alana ait olur. Satım akdi genellikle tarafların rızalarına ve irade beyanlarına bağlıdır. Ancak bazen satıcının rızasına bakılmaksızın satım akdi yapılabilir. Buna en açık iki örnek cebrî satım ve cebrî temellüktür. Örnek: Malı olduğu halde borcunu ödemeyen borçlu adına hâkim onun malını satar ve borcun ödenmesini sağlar. İhtikâr (stokçuluk) halka zarar veriyorsa hâkim stok malları satım kararı alabilir.

Cebrî temellük, istemediği halde bir başkasının mülküne el koyma, malının mülkiyetini başkasına geçirme demektir. Şüf'a ve istimlak başlıca cebrî temellük yollarındandır.

Sadece satım akdi değil, diğer birçok akit çeşidi de mülkiyetin devren kazanılmasını sağlamaktadır.

Taksim Akdi: Gayrimenkul ortaklar arasında taksim edilince, her biri arazinin belirli yerinde tek başına mülkiyet hakkı kazanmaktadır.

Sulh Akdi: Bir hak üzerinde anlaşmazlığa düşen taraflar anlaşmazlığı kaldıracak bir çözümde uzlaşır sulh akdi yapmaları durumunda mülkiyetin intikali ve kazanılması söz konusu olmaktadır.

Vasiyyet: Ölüme bağlı, sözlü ve başlangıçta tek taraflı bir tasarruftur. Kendisine vasiyyet edilen kişi vasiyyet konusu olan malın mülkiyetini devren kazanmaktadır.

b- Halefiyet

Halef olma bir şeyin yerine geçme, onun yerini alma anlamına gelmektedir. Halefiyete dayalı olarak mülkiyeti devren kazanmanın başlıca iki yolu vardır. Bir kişinin başka birisinin yerine halef olması irs (mirasçı olma), bir şeyin başka bir şeyin yerine halef olması tazminattır.

a-İrs (Mirasçı olma): Vâris, ölüp mal bırakanın yerini almakta, onun malına halefiyete dayalı olarak devren malik olmaktadır. Vâris, teçhiz, borçların ödenmesi ve vasiyyetlerin yerine getirilmesinden sonra kalan mala miras hissesi oranında malik olur. Mirasçılık borçluluk değil, mülkiyet sebebidir. Bu sebeple terike ölünün borçlarını ödemeye yetmezse vâris bu borçlardan sorumlu olmaz.

b-Tazminat: Bir kimsenin haksız yere başkasının malına, canına verdiği zarar tazmini gerekli kılmaktadır. Tazminat, verilen zararın yerini aldığı için halefiyete dayalı mülkiyeti devren kazanma yolu olmaktadır. Telef edilen malın yerine tazminat olarak ödenen bedel, zarar verilen malın yerini almaktadır.

4.4.2. Toprak Mülkiyetinin Kazanılması

Toprak mülkiyetinin diğer menkul ve gayrimenkul mallardan farklı hükümleri ve özellikleri bulunduğu için ayrı bir başlık altında ele alınmaktadır.

1- Arazinin Çeşitleri

Mülkiyet hakkının ait olduğu hakikî veya hükûmî şahıslara ve bu hakkın el değiştirmesine göre toprak (arazi) kısımlara ayrılmıştır. İslam hukukunda toprak üzerinde devletin, kamunun veya şahısların mülkiyeti söz konusu olmaktadır. 1274/1858 tarihli Osmanlı Arazi Kanunu arazileri mülk arazi, devlet arazisi, vakıf arazisi, metruk arazi ve ölü topraklar olarak beşe ayırmıştır.

a-Mülk Arazi (Arazi-i Memlûke): Şahısların özel mülkiyet hakkı altında bulunan topraklardır. Bu arazi sahipleri arazileri üzerinde her türlü hukukî işlem yapma yetkisine sahiptirler. Mülk araziler temelde eşya hukukundaki gayrimenkul mülkiyeti hükümlerine tâbidir. Mülk arazi dörde ayrılmaktadır.

a-Şehir, kasaba, köy gibi yerleşim merkezleri içindeki özel mülkiyet altındaki topraklar

b-Devlet arazisi iken gerekli işlemlerden sonra şahısların özel mülkiyetine girmiş topraklar

c-Öşür arazisi: Fetihden ve hazinenin beşte birlik hissesi alındıktan sonra geri kalanı, savaşta katılanlara ve diğer hak sahiplerine dağıtılan arazilerdir.

d-Harac arazisi: Sulh yoluyla ele geçirilen topraklar ile savaş sonucu elde edilip gayrimüslim yerli halkın elinde bırakılan topraklardır.

b-Devlet Arazisi (Mîrî Arazi): Mülkiyeti devlete ait olan arazilerdir. Fethedildiğinde mülkiyeti savaşa katılan Müslümanlara ya da gayrimüslim ahaliye bırakılmayıp devlet mülkiyeti altına alınan topraklardır. Mülk arazi iken zaman içinde sahipleri kalmayan araziler de bu kapsamdadır. Eskiden göl veya nehir bulunan yerlerdeki suların çekilmesi ile ortaya çıkan arazilere mîrî arazilere ait hükümler uygulanır.

Devletin belirli bir maslahata dayalı olarak mülkünde olan toprakları ikta' olarak vermesi mümkündür. İktâ', devletin mîrî arazinin kendisini ya da menfaatini bir şahsa tahsis etmesidir. Hz. Peygamber (s.a.v), Vâil b. Hucr'a Hadramevt'te bulunan bir araziye,¹⁹ Bilal b. Hâris'e Kuds dağından araziye²⁰ ve Zübeyr'e başka bir araziye ikta' olarak vermiştir.²¹

c-Vakıf Arazisi (Arazi-i Mevkûfe): Mülk arazi iken, şartlarına uygun olarak vakfedilen topraklardır.

d-Kamu Yararına Ayrılan Arazi (Arazi-i Metrûke): Halkının yararına ayrılmış bulunan parklar, meydanlar, pazar yerleri, yollar namazgâhlar gibi yerlerdir. Belli bir yerleşim yerindeki halkın yararlanması için ayrılan yaylaklar, kışlaklar da bu kapsamdadır.

Metruk araziye herhangi bir şahıs, başkalarının yararlanmasına engel olup tek başına bu arazileri kullanamaz. Bu araziler özel mülkiyete konu olmaz. Metruk arazinin rakabesi devlete değil, kamuya aittir. Devletin bu topraklardaki fonksiyonu, umumî ve ortak istifadeyi sağlamaktır.

e-Ölü Topraklar (Arazi-i Mevât): Sayılan arazi çeşitlerinin dışında kalan, yerleşim merkezlerinden uzak, ziraata elverişli olmayan toraklardır.

2- Toprak Mülkiyetinin Kazanılma Yolları

Arazi çeşitlerinden vakıf arazisi alınıp satılamayacağı için özel mülkiyete konu olamaz. Kamu yararına ayrılan arazi de (arazi-i metrûke) tahsis edildiği amaçla kullanılır. Herhangi bir kişinin özel mülkiyetine girmeyecektir. Bu iki arazi çeşidi dışında kalan mülk arazi, mîrî arazi ve ölü topraklar özel mülkiyete konu olabilmektedir.

a-Mülk Arazilerinin Mülkiyetinin Kazanılması

İslam hukukunda mülkiyetin kazanılması açısından taşınır mallar ile taşınmaz mallar arasında fark yoktur. Taşınır mallar hangi yollar ile mülkiyeti devren kazanılıyorsa, taşınmazlar da aynı yollardan mülkiyeti devren kazanılır.

b-Devlet Arazisinin (Mîrî Arazi) Mülkiyetinin Kazanılması

Devlet arazisinin özel mülkiyete geçmesi satım akdi veya bedelsiz temlik yoluyla olmaktadır.

Satım akdi: Devletin maddî açıdan sıkıntıya düşmesi durumunda ya da arazinin satılmasının kamu menfaati için gerekli olması halinde devlete ait arazilerin şahıslara

¹⁹ Bkz. Tirmizî, Ahkâm, 13, 1381.

²⁰ Bkz. Ebû Dâvûd, el-Harac ve'l-İmâre, 34, 3062.

²¹ Bkz. Ebû Dâvûd, el-Harac ve'l-İmâre, 34, 3072.

satılması mümkündür. Burada önemli olan yapılan satışın gerekli olması ve devletin bu işleminden zarara uğratılmamasıdır. Toprağın gideri gelirinden fazla olur ya da bakımsızlık yüzünden işe yaramaz hale gelmesi durumunda da devlet arazilerinin satılması caizdir.

Bedelsiz temlik: Kamu yararına yaptıkları hizmetler sebebiyle beytülmalden hakkı bulunan kimselere geçimlerini sağlamak üzere devlet arazisi bedelsiz verilebilir.

c-Ölü Arazinin (Arazi-i Mevât) Mülkiyetinin Kazanılması

Mevât arazinin ihya edilmesi demek, arazinin ıslah edilip ziraata elverişli hale getirilmesi ve bilfiil kullanılmaya başlanması demektir.

İslam hukukuna göre ölü topraklar üzerinde zilyetlik kurup ihya edilmesi durumunda özel mülkiyete konu olmaktadır. Bu konuda Resûlullah (s.a.v) şöyle buyurmuştur: “Kim ölü bir toprağı ihya ederse, o toprak onundur.”²² Bu hadise göre, ölü toprakları ıslah eden, ziraata elverişli hale getirenler o toprağın sahibi olacaktır. Bu ihyanın devlet başkanının iznine tâbi olup olmaması hakkında ihtilaf vardır. Fakihlerin çoğunluğu devlet başkanının iznini şart koşmamış, Ebû Hanîfe ise ölü toprağın şahsî mülkiyete geçmesi için devlet başkanının iznini şart koşmuştur. Bir arazinin ihya edilerek mülk edinilebilmesi için, hiç kimsenin mülkiyetinde olmaması ve belde halkı tarafından kullanılan bir yer olmaması gerekir.

Ölü toprak üzerinde sadece kısa duvar örmek, çit çekmek ihya değil tahcir kavramı ile ifade edilmektedir. Tahciri mülkiyet sebebi olarak görenler olmakla birlikte çoğunluğun görüşüne tahcir toprağın mülkiyetini kazanmak için yeterli değildir. Tahcir eden kişi, o toprak üzerinde üç yıl süreyle öncelikli ihya hakkı elde etmektedir. Üç yıl içinde ihya etmezse öncelik hakkını kaybetmektedir.

4.4.3. Maden Mülkiyetinin Kazanılması

Madenler, Allah Teâlâ'nın yerin içinde yarattığı cevherlerdir. Madenlerin mülkiyetinin kazanılması konusunda madenin açık ya da gizli olması ile madenin bulunduğu arazi çeşidine göre fıkıh mezheplerinde farklı ichtihadlar benimsenmiştir.

Açık madenler, yüzeye yakın fazla bir işleme ve masrafa gerek kalmadan ulaşılan madenlerdir. Gizli madenler, yerin derinliklerinde bulunup, çıkarmak için emek ve masraf gerektiren madenlerdir.

Açık madenler fakihlerin çoğunluğuna göre özel mülkiyete konu olmazlar. Bu tür madenlere herkes ihtiyaç duyduğu için toplumun ortak malıdır, bunlardan yararlanmada herkes eşit haklara sahiptir. Bu konudaki ihtilaf noktası açık madenin mülk arazi içinde olması durumunda şahsî mülkiyetin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hususundadır.²³ Hanefî mezhebine göre sıvı açık madenler dışındaki madenlerin mülkiyeti arazi sahibine aittir.

Mülk arazideki gizli madenler, Hanefî, Şafî ve Hanbelî mezheplerine göre arazi sahibine aittir. Mâlikîler madenin çeşidine ve bulunduğu arazinin niteliğine bakmaksızın tüm madenlerin devletin mülkü olduğu görüşünü benimsemişlerdir. Mirî arazideki gizli

²² Ebû Dâvud, Harac ve'l-İmâre, 37, 3074.

²³Günay, *İslam Hukukunda ve Osmanlı Uygulamasında Kamu Malları*, s. 225.

madenlerin devlete ait olduğunda fakihler hem fikirdir. Devlet bunları kamu yararına uygun bir şekilde işletecektir.

Ölü topraklardaki gizli madenler üzerinde Mâlikî mezhebine göre ihya ile mülkiyet hakkı kazanmak mümkün değildir. Hanefî mezhebine göre sahipsiz araziden çıkarılan madenler bunu çıkarana aittir. Şafiî ve Hanbelî mezhebinde ihya ile özel mülkiyet kurulup kurulamayacağına dair iki farklı görüş bulunmaktadır. Gizli madenlerin ihyasını caiz görenler devlet başkanı tarafından özel şahıslara iktâ'sını da meşru görmektedirler. Vakıf arazilerinden çıkarılan madenler vakfın mülkiyetindedir.

Fıkıh mezheplerinin gizli madenler konusundaki yaklaşımlarını şu şekilde özetlemek mümkündür. Hanefî, Şafiî ve Hanbelî müctehidlerine göre –ayrıntıda farklılıklar olmakla birlikte- gizli madenler arazinin bir cüzüdür. Mülkiyet durumu, bulunduğu arazinin hükümlerine tâbidir. Mülk arazisinde olunca özel mülk, devlet arazisinde olunca devlet malı, vakıf arazisinde olunca vakıf malı olmaktadır. Mâlikî mezhebine göre ise hangi çeşitten olursa olsun bütün madenler devlete aittir. Devlet, kamu menfaatine uygun şekilde tasarruf yetkisine sahiptir. Dilerse kendisi işletir, dilerse de belli bir ücret karşılığında şahıs ya da tüzel kişilere işletmesini verir.

Madenlerin işletilmesinin devletin önemli gelir kaynaklarından olması, stratejik yönünün bulunması, sanayinin birçok kolunun hammaddesinin madenler olması gibi etkenler sebebiyle çağımızda madenlerin devlet kontrolünde olmasının önemi daha da artmıştır.

DEĞERLENDİRME SORULARI

1. Aşağıdakilerden hangisi hak kavramının konusu olamaz?

- A) Satılan bir malın bedeli
- B) İcabî bir eylemden kaçınma
- C) Emanetin teslimi
- D) Bir malın hibe olarak verilmesi
- E) Bir suçun infazı

2. Aşağıdakilerden hangisi aynı hak-şahsi hak ayrımının hukuki neticelerinden biri değildir?

- A) Aynî hak, sahibine hak konusu malı takip hakkı verir.
- B) Şahsî hak, borçlunun zimmetini meşgul eder.
- C) Aynî hak sahibinin imtiyaz ve öncelik hakkı vardır.
- D) İskatı mümkün olan aynî haklarda hak sahibinin tek taraflı iradesi iskat için yeterlidir.
- E) Şahsi hak doğuran bir akdin hükmü yerine getirilmeden akit konusu mal zâyi olsa akit de batıl olur.

3. Mal hakkında aşağıdakilerden hangisi söylenemez?

- A) Maliki mezhebine göre bir şeye mal denebilmesi için onun ayn olması gerekir.
- B) Hanefî mezhebine göre bir şeye mal denebilmesi için onun ayn olması gerekir.
- C) Cumhura göre haklar ve menfaatler de mal kapsamındadır.
- D) Mal sayılmayan bir şey mülkiye konu olabilir.
- E) Bir nesnenin mal tarifine girmesi zamana ve bölgeye göre değişebilir.

- I. Arazi
- II. Ceviz
- III. Tuz
- IV. Pirinç
- V. Dokuma halı

4. Yukarıdakilerden hangisi/hangileri kıyemî mala örnek verilebilir?

- A) I-II-III
- B) I-IV-V
- C) I-V
- D) II-III-IV
- E) II-V

5. Hangisi mülkiyeti aslen kazanma yollarından biri değildir?

- A) Hukuki tağyir
- B) Halefiyet
- C) Lukatayı bulmak
- D) Karışma-birleşme
- E) İhraz

ALTINCI HAFTA
ÜNİTE VI: İSLAM EŞYA HUKUKU II

KONULAR

1. Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması
2. Mülkiyet Hakkının Kaybedilmesi
3. Sınırlı Aynî Haklar (Eksik Mülkiyet)
4. Fer'î Aynî Haklar
 - 4.1. Rehin
 - 4.2. Hapis Hakkı
 - 4.3. İpotek
5. Zilyetlik
6. Tapu Sicili

AMAÇLAR

1. Mülk edinmeyle ilgili sınırlandırmalar ve mülke konu olan ve olmayan mallar hakkında bilgi edinmek.
2. Malın kullanımına sınır getiren faktörler hakkında bilgi edinmek
3. Sınırlı ve sınırsız ayni hakları bilmek ve bunların kullanım sınırlarına vakıf olmak.
4. İntifa Hakkı ve İrtifak Hakkı kavramlarını öğrenmek
5. Başlıca ferî ayni haklar hakkında bilgi sahibi olmak

HAZIRLIK SORULARI

1. Mülk edinmeyle ilgili ne gibi sınırlamalar olabilir, mümkün müdür, tartışınız?
2. İnsanlar sahip oldukları malları hangi durumlarda kaybederler araştırınız.
3. “Rehin, irtifak, şuf’a, ipotek ve zilyet” kavramlarının anlamlarını öğreniniz.
4. Tapu siciliyle sağlanmak istenen hukuki menfaat ne olabilir? Araştırınız.

İSLAM EŞYA HUKUKU II

1. MÜLKİYET HAKKININ SINIRLANDIRILMASI

Mülk gerçekte Yüce Yaratıcı Allah Teâlâ'ya aittir. Mülkiyet hakkı insanlara diğer birçok nimet gibi imtihan için verilmiştir. İnsana verilen mülkiyet hakkı mutlak ve kayıtsız değildir. İslam dini, mülkiyet konusunda toplumun haklarını kabul ettiği gibi, fertlerin haklarını korumayı da ilke olarak benimser ve ikisi arasında bir dengenin sağlanmasını hedefler.

Mülkiyet hakkı kullanılırken ciddi bir zarara yol açıyorsa bu hak kötüye kullanılıyor demektir. Hakkın kötüye kullanılmasını önleyebilmek için mülkiyet hakkının sınırlandırılması gerekli olmaktadır. Mülke sahip olma, onu koruma, mülkiyet hakkından faydalanma ve mülkiyet üzerinde tasarrufta bulunma bakımından birtakım sınırlandırmalar söz konusudur. Bu konudaki sınırlandırmalardan bir kısmı ilgili naslardan, bir kısmı ise yapılan akitlerden kaynaklanmaktadır.

1.1. Mülk Edinme İle İlgili Sınırlamalar

Her mal, özel mülkiyete konu olamamaktadır. Bu konudaki sınırlamayı genel olarak mülkiyete konu olmayan mallar ve Müslümanların malik olmaları caiz olmayan mallar olarak ikiye ayırmak mümkündür.

1.1.1. Genel olarak özel mülkiyete konu olmayan mallar

Bütün halkın yararlanması için tahsis edilmiş taşınır ve taşınmaz mallar özel mülkiyet konusu olamaz. Her ferdin bu eşya ve mallar üzerinde hakkı vardır. Bu sebeple cami, yol, meydan, müze, deniz ve nehir üzerinde özel mülkiyet söz konusu olmaz. Ortak mallar başlığı altında açıklandığı üzere ihraz edilenler haricinde su, ot ve ateş üzerinde herkesin hakkı bulunmaktadır. Ölü araziler ihya şartı yerine getirilinceye kadar kimsenin mülkü değildir. Madenlerin özel mülk olması konusunda madenin çıktığı arazinin çeşidine göre sınırlandırmalar bulunmaktadır. Hazineye (beytülmal) ait mallar ile vakıf malları meşru sebep ve şekiller olmadıkça özel mülkiyete konu olamaz.

1.1.2. Müslümanların malik olmaları caiz olmayan mallar

Şarap, domuz, murdar hayvan gibi Müslümanların kullanması ve tüketmesi haram olan mallara Müslümanlar sahip olamazlar. Bu mallar üzerinde mülkiyet kazandırıcı tasarruflar hükümsüzdür. Bunlar Müslümanlar için gayri mütekavvim maldır ve hukukî kıymeti bulunmamaktadır. Bu sebeple, bir Müslüman başka bir Müslümana ait domuzu öldürse tazmin etmesi gerekmez.

Müslüman olmayanların şarap ve domuz gibi mallarının hukukî durumu hakkında iki farklı görüş vardır. Şafîî ve Hanbelîlere göre Allah'ın helali ile haramı bakımından insanlar arasında fark yoktur. Bu tür mallar onlar için de gayri mütekavvimdir, mülkiyet konusu olamaz. Hanefîlere göre ise, şarap ve domuz gayri müslimler için mütekavvim maldır. İtlafî halinde tazmin edilmesi gerekir.

1.2. Mülkiyet Hakkını Sürdürme (Devam Ettirme) İle İlgili Sınırlama

İstimlak, şahıslara ait gayrimenkullerin sahibinin rızası aranmaksızın tüzel kişilerce bedel ödenerek satın alınmasıdır. İstimlak, mal sahibinin rızasına bakmaksızın mülkiyet hakkının sona erdirilmesi sonucunu doğurduğu için mülkiyet hakkını sürdürme ile ilgili bir sınırlamadır. Hz. Peygamber (s.a.v) ve Hulefâ-yi Râşidîn dönemi uygulamaları istimlakın caiz olduğunu göstermektedir. İstimlakın caiz olabilmesi için mülkün değerinin adalet ve hakkaniyet ile belirlenip sahibine verilmesi gerekir. Kavâid kitaplarında ve Mecelle'nin ilk yüz maddesi içinde yer alan “Zarar-ı âmmı def için zarar-ı has ihtiyar olunur.”, “Zarar-ı eşed, zarar-ı ehaf ile izâle olunur.”, “Def-i mefâsid, celb-i menâfiden evladır” fikhî kâideleri istimlak uygulamasının meşruiyetinin dayanaklarındandır. Mecelle'nin 1216. Maddesinde istimlak uygulaması şu şekilde düzenlemiştir: *“İhtiyaç bulunduğu devlet eliyle bir kimsenin mülkü, değeri fiyatına alınıp, umumî yola katılabilir. Fakat bedeli ödenmedikçe mülkü elinden alınmaz.”*

İhtikâr, halkın temel ihtiyaçlarını ucuza alıp pahalancaya kadar piyasaya sürmemek, stokçuluk yaparak arz-talep dengesini fiilî müdahale ile bozarak vurgunculuk yapmaktır. İhtikâr yapanların (karaborsacılar) ellerindeki mallar hakkında cebrî satış uygulaması da mülkiyet hakkını sürdürme ile ilgili sınırlamaya bir başka örnektir. İslam'da ihtikâr yasaklanmıştır. İnsanların muhtaç oldukları malları stok edip satmayanların ellerinde tuttukları malları -malların piyasadandan çekilmesi halka zarar vermesi durumunda- devletin piyasa fiyatından cebren sattırma hakkı vardır. Bu hak, kamu menfaati gereği mülkiyet hakkına getirilen bir sınırlamadır.

1.3. Malın Kullanılması İle İlgili Sınırlamalar

Bu konuda getirilen sınırlamaların bir kısmı Allah hakkı, bir kısmı da kulların hakkı sebebiyle meydana gelmektedir.

1.3.1. Allah Hakkı Kapsamındaki Sınırlamalar

Allah Teâlâ yarattığı bazı eşya ve malların kullanılmasını kullarının bazen bir kısmına bazen de tamamına yasaklamıştır. Bu yasakların fert ve toplum hayatı için birçok hikmeti bulunmaktadır. Belirli malların edinilmesi ya da kullanılmasının mekruh veya haram kılınması malın kullanılması ile ilgili bir sınırlamadır.

Müslüman erkeklere halis ipekli kıyafet yasak kılınmıştır. Elbisenin yarıdan fazlası ipekli olması durumunda aynı yasak söz konusudur. Yasaklanan ipekli kumaşları giyinmek caiz olmadığı gibi bu amaçla satın almak da caiz değildir.

Altın ve gümüşün mutfak ve ev eşyası olarak kullanılmasını Müslüman erkek ve kadınlara yasaklamıştır. Altın ve gümüşün süs eşyası olarak kullanılması erkeklere yasaklanmış, kadınların altın ve gümüşü süs eşyası olarak kullanmalarına izin verilmiştir. Evde altın tabak, gümüş tepsi kullanılması, erkeklerin altın takı, bilezik takmaları malın kullanılmasına getirilen sınırlandırmalara örnektir.

Malın kullanılması hakkındaki bir başka sınırlama malî ibadet ve yükümlülüklerle ilgilidir. Dinen zengin sayılan kişiler mallarının tamamı üzerinde tasarruf yetkisine sahip

olmayıp, malın bir kısmını zekât, fitre, kurban ibadetleri için harcamakla ve bakmakla yükümlü olduklarının nafakasını karşılamakla sorumlu olmaktadır. Bu durum kişinin mülkünün bir kısmı üzerinde, dinen belirlenen şekilde hareket etme mükellefiyeti getirdiği için malın kullanılmasına getirilen sınırlamalar kapsamındadır.

1.3.2. Kul Hakkı Kapsamındaki Sınırlamalar

a-Komşu Hakkı Sebebiyle Getirilen Sınırlamalar

Kur'an-ı Kerim ve hadislerde komşu hakları ile ilgili birçok nas bulunmaktadır. Komşuya zarar veren uygulamalar yapılması durumunda günah kazanmanın yanında hukukî yaptırım da söz konusudur. Fakihler, mülkiyet hakkının kullanılması komşuya zarar vermesi durumunda kişinin tasarruflarının sınırlandırılacağını söylemişlerdir. Kişinin mülkünde yaptığı bir iş az ya da çok mutlaka komşusunu etkiler. Az zararlara karşılıklı olarak komşuların tahammül göstermesi beklenir. Mülkiyet sınırlandırmasını gerektiren durumlar komşuya fâhiş (çok) zarar verilmesinde söz konusu olur.

Mecelle 1199. Maddesinde fâhiş zarar hakkında, binaya zarar vermek, binanın yıkılmasına yol açacak şekilde yapıyı zayıflatmak ve binadan hedeflenen menfaatten yararlanmaya engel olmak şeklinde genel bir tanım yaptıktan sonra bir sonraki maddede fâhiş zarar şu şekilde örneklendirilmektedir. “Binaya bitişik demirci dükkânı veya değirmenin binayı zayıflatması, fırının dumanından, harmanın tozundan, bezirhanenin kötü kokusundan evde oturulmayacak ölçüde rahatsız olmak, bitişik arsadan geçen değirmen suyunun veya duvar dibine yığılan çöpün binanın temelini zayıflatması, komşu evine akan kanalizasyon, komşunun ışığını tamamen kesen duvar.” Bu tür zararlar, mülkiyet hakkını sınırlandıran fâhiş zarar olarak kabul edilmekte, şahısların mülklerinde hukukun belirlediği çizgiyi aşmadan tasarrufta bulunmaları gerekmektedir.

Komşuluk hukukundan gelen bir başka sınırlama da intifâ ve irtifak hakları ile ilgilidir. Bu haklar, bir şahsa veya akara diğer akardan çeşitli şekillerde faydalanma imkânı vermektedir. Bu hakkın temelinde Resûlullah'ın (s.a.v) “Sizden biri duvarına komşusunun ağaç koymasına engel olmasın.”²⁴ hadisi bulunmaktadır. Komşuya tanınan bu haklar ile, şahıslar komşu araziden kendi arazisine geçebilmekte, su geçirmekte, fazla suyu tahliye edebilmekte, komşu binanın duvarına başka türlü çatı yapma imkânı yoksa çatı kirişinin ucunu koyabilmektedir.

Hem komşuya zarar vermeme kuralı hem de komşuluk hukukundan doğan intifâ ve irtifak hakları, şahısların mülkiyet haklarını kullanmada hukukun belirlediği çerçevede sınırlandırmayı gerektirmektedir.

b-Kamu Menfaati Sebebiyle Getirilen Sınırlamalar

Halkın umumî menfaati ile şahısların hususî menfaatleri çatıştığında kamunun menfaatine öncelik verileceği ilkesi, şahısların mülkiyet haklarını halkın geneline zarar verecek şekilde kullanamayacaklarını göstermektedir. Çoğunluğun zararına yol açan

²⁴ Müslim, Müsâkât, 29, 4215.

durumlarda şahıslar mülklerinde istedikleri gibi davranmamakta, mülkiyet hakkı çeşitli açılardan sınırlandırılmaktadır.

Mecelle’de bu konuda iki örnek bulunmaktadır. Yolun iki tarafında evi olan kişi, gelip geçenlere zarar verecek şekilde bir evinden diğerine köprü yapamaz. (Madde 1213), Umumî yol üzerinde alçak çıkıntı yapan balkon vb. yapılara izin verilmez. (Madde 1214)

Fakihler, özel mülkteki kamu adına söz konusu olan hakları ve kısıtlamaları şu şekilde tespit etmişlerdir. Her şahıs, başkasına ait bina duvarına yaslanmak, gölgelenmek ve ışığından yararlanmak hakkına sahiptir. Umumî yoldan gelip gidenler sıkıntı yaşamaları durumunda şahsa ait yolu da kullanabilirler. Toplumda giyinme, yeme-içme ve barınma gibi temel ihtiyaçlarını karşılayamayanlar var ise, ihtiyacından fazlasına sahip olanların sorumluluğu söz konusudur. Su, ot ve ateş ortak mal olarak tanımlanmakta ve ayrıntısı daha önce açıklandığı üzere ortak yararlanma sağlanmaktadır. Giderlerin karşılanabilmesi için gerekli olması durumunda devletin vergi toplaması da bu kapsamdadır.

c- Şüf’a Hakkına Dayalı Olan Sınırlandırma

Şüf’a kelimesi sözlükte bir şeyi başka şeye katmak, eklemek demektir. Satılmış akarı müşteriye mal olduğu bedel karşılığında mülkiyete geçirme yetkisi veren bir hakkı ifade etmektedir.

Satılmış akarı satın alandan maliyetini ödeyerek cebren satın alma hakkı olan şüf’a hakkı da malın kullanılmasına getirilen bir sınırlamadır. Bu hak ile, malın sahibi malını kendi satmak istediği kişiye değil de komşuluk veya ortaklık gibi bir sebebe dayalı olarak şüf’a hakkı kazanana satmak zorunda kalmaktadır.

Şüf’a işleminde mülkiyetin intikali varsayılan bir cebrî satım akdine dayanmaktadır. Buna göre, bir kimse evini bir kişiye satsa, ortağı veya komşusu aynı satım bedelini ödeyerek bu evi satın alma hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılması için önceden o evi satın alanın rızası şart değildir. Şüf’a hakkı sahibine şefi’, şüf’a hakkı ile alınan mala meşfu’ denir.

Şüf’a Hakkının Delili ve Hikmeti

Şüf’a hakkının varlığını beyan eden birçok hadis bulunmaktadır. “Resûlullah (s.a.v) taksim edilmedikçe ev ya da bahçede (akarda) şüf’a hakkına hükmetti. Bir kişinin ortağından izin almadan satması helal olmaz. Ortağı isterse alır, isterse vazgeçer. Ortağından izin almadan satarsa ortağı diğer kişilerden daha ziyade oraya hak sahibidir.”²⁵ “Komşu, komşusunun şüf’a hakkına başkalarına nazaran daha sahiptir. İki de aynı yolu kullanıyorlarsa gıyabında satış yapmaz, bekler”.²⁶

Şüf’a hakkının akitlerdeki rıza prensibine aykırı gibi görünmekle birlikte hukuken meşrû kabul edilmesinin sebep ve hikmetleri vardır. Fıkıhta ilke olarak zararı ortadan kaldırmak faydalıyı elde etmekten öncelikli olduğu için, satın alanın menfaatine değil, ortak veya

²⁵ Müslim, Müsâkât, 28, 4213.

²⁶ Ebû Dâvûd, İcâre, 39, 3520.

komşunun bu satım akdinden dolayı karşılaşılabileceği zararın önlenmesine öncelik verilmiştir.

Komşuluğa dayalı olarak tanınan şüf'a hakkı ile kişi, istemediği ve kendisine zarar vereceğini düşündüğü insanlarla komşu olmayarak muhtemel sıkıntılardan, zararlardan kurtulmaktadır.

Şüf'a Hakkına Konu Olan Mal

Zahirîler dışındaki cumhur fukahaya göre şüf'a hakkı gayrimenkul mallarda söz konusudur. Menkul mallarda şüf'a geçerli değildir. Mecelle 1017. Maddesinde cumhurun görüşünü kanunlaştırmıştır. Hanefîler hem bölünebilen, hem de bölünemeyen akarda şüf'a hakkı olduğunu savunurken, diğer mezhepler sadece bölünebilen akarda şüf'a hakkı olduğunu benimsemişlerdir. Arazide ekili olan mahsul İmam Ebû Hanîfe ve İmam Mâlik'e göre şüf'a aya dâhildir. İmam Şâfiî ve İmam Ahmed b. Hanbel'e göre ise dâhil değildir.

Şüf'a Hakkını Doğuran Sebepler

Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerine göre şüf'a hakkı sadece bir akar üzerinde ortak olmaktır. Hanefî mezhebi göre ise şüf'a hakkının üç sebebi vardır.

a-Akarda ortaklık: Akarda şâyî hisseli ortaklardan biri hissesini satınca diğer ortaklar şüf'a hakkına sahiptir. Akarı satın alan şahıstan maliyetine alıp eşit miktarlarda ortak olurlar.

b-İrtifak haklarında ortaklık: Başlıca irtifak haklarından olan şirb (sulama hakkı), mürûr (geçiş hakkı) ve mecra (suyu başkasının arazisini kullanarak geçirebilme hakkı) mevcut olması durumunda bitişik komşu olmadan da şüf'a hakkı mevcut olmaktadır. Herkesin kullanımına açık olan umumî yol ve nehirlerdeki birlikte kullanım şüf'a sebebi değildir.

c-Bitişik komşuluk: Satılan akara, herhangi bir sınırında bitişik olan tüm komşular için eşit şüf'a hakkı vardır. Evin alt ve üst komşuları da şüf'a hakkı olan birbirinin bitişik komşusudur.

Şüf'a Hakkının Kullanılabilme Şartları

Şüf'a hakkının kullanılabilmesi için belli şartların mevcut olması gerekmektedir.

a-Şüf'a hakkına konu olan mal akar olmalıdır.

b-Şüf'a aya konu olan mal sahibinin mülkiyetinden ıvazlı olarak (bedel ödenerek) çıkmalıdır. Mal, hibe, miras, vasiyet gibi bir yol ile el değiştirirse fukahanın çoğunluğuna göre şüf'a hakkı kullanılamaz.

c-Akar, sahibinin mülkiyetinden sahih bir akitle kesin olarak çıkması gerekir. Bu sebeple fasit akit ile satılırsa ya da satıcının muhayyerlik hakkı bulunuyorsa şüf'a hakkı kullanılamaz. Satıcının şart muhayyerliği bulunması durumunda muhayyerlik sona erip akit lâzım oluncaya kadar şüf'a hakkı söz konusu olmayacaktır.

d-Hanefî mezhebine göre şüf'a hakkını kullanacak olanın hayatta olması gerekir. Haklar miras kalmayacağı için kişinin vefatı ile şüf'a hakkı sona erer.

Şüf'a Talebinin Uygulanması

Şüf'a hakkını kullanmak isteyen kişi, ortağının ya da komşusunun akarı ıvazlı bir akitle başkasına devrettiğini duyduğunda gecikme göstermeden hemen ilgili akarı alma talebini

beyan etmelidir. Talebin ispatlanmasının gerekli olacağı durumlarda şahit tutulmalıdır. Bu aşamadan sonra tarafların rızası ile akar kendisine teslim ediliyorsa işlem tamamlanmış olacaktır. Akar teslim edilmezse mahkemeye başvurulup kaza yoluyla şüf'a hakkı elde edilecektir.

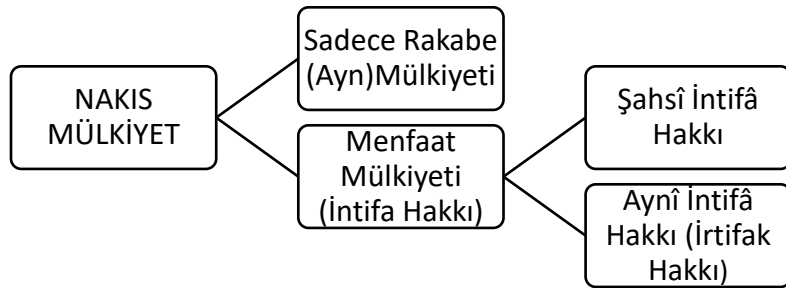
2. MÜLKİYET HAKKININ KAYBEDİLMESİ

Mülkiyet hakkı yeni bir mülkiyet tesis edilerek kaybedilebileceği gibi yeni bir mülkiyet kurulmadan da kaybedilebilir. Satış, hibe, vasiyyet gibi hukukî işlemler ile mülk başkasına devredildiğinde önceki sahibinin mülkiyet hakkı sona ermiştir. Bu örneklerde malikin iradesi ve rızası söz konusudur. Hukukî taşıyır, karışma ve birleşme, lukatada önceki mülkiyet hakkı sona erip yeni bir mülkiyet kurulmakla birlikte, malın önceki sahibinin mülkiyet intikalinde iradesi ve kastı bulunmamaktadır. Allah rızası için vakfedilen mal üzerinde yeni bir özel mülkiyet kurulmadan mülkiyet hakkı sona ermektedir. Çünkü bazı müctehidlere göre vakfedilen malın mülkiyeti Allah'a dolayısıyla da kamuya intikal etmektedir. Sahip olunan malın yanması, arabanın pert olması ve yiyecek maddesinin tüketilmesi durumunda mülkiyet hakkı yeni bir mülkiyet kurulmadan sona ermektedir. Yakalanmış hayvanın kaçması halinde de –bazı müctehidlere göre- onun üzerindeki mülkiyet hakkı sona erecektir. Şahsın ölümü diğer hak ve sorumluluklarını düşürdüğü gibi mülkiyet hakkını da düşürmektedir.

3. SINIRLI AYNÎ HAKLAR (EKSİK MÜLKİYET)

Sınırsız aslî aynî hak olan mülkiyet sahibine ayn üzerinde malik olmanın yanında onu kullanma, tüketme ve semerelerinden yararlanma hakkı tanımaktadır. Bu özelliği sebebiyle sınırsız aynî hak olarak tanımlanmıştır. Sınırlı aynî haklar da ise yetki sınırlı olmakta, mülkiyette tanınan hakların sadece bir kısmı verilmektedir. Sınırlı aynî haklarda mülkiyet hakkının tamamının değil sadece bir kısmının elde edilmesinden hareketle sınırlı aynî hakları nâkıs (eksik) mülkiyet kavramı içinde kabul etmek gerekmektedir.

Eksik mülkiyet, eşyanın sadece aynı ya da sadece menfaati üzerindeki mülkiyet hakkıdır. Rakabe mülkiyeti ve menfaat mülkiyeti olarak iki kısımdan oluşmaktadır.



3.1. Eksik Mülkiyetin Kısımları

3.1.1. Sadece Rakabe Mülkiyeti

Eşyanın kendisine (aynına) sahip olmakla birlikte menfaat mülkiyeti başkasında olduğu zaman eksik bir mülkiyet söz konusu olur. Bu durumda sadece ayn (rakabe) mülkiyeti

mevcuttur. Sadece rakabe mülkiyetine sahip olmak demek eşyanın menfaatinin başkasına bırakıldığı anlamına gelmektedir. Menfaat mülkiyeti kira gibi belirli bir ücret karşılığında başkasına devrediliyorsa aynın semeresinden yararlanma devam etmektedir.

Aynın semeresinden yararlanmanın mümkün olmayıp sadece rakabe mülkiyetine sahip olmak da mümkündür. Bu şekildeki mülkiyet durumuna özellikle malın vasiyet edilmesinde karşılaşılmaktadır. Bir kimse maliki olduğu bir malın menfaatini başkası lehine vasiyet etmesi durumunda şahsın ölümünden sonra malın sadece rakabe mülkiyeti mirasçılarının olurken, menfaat mülkiyeti kendisine vasiyet edilen şahsa ait olmaktadır. Bu örnekte vasiyet süresince mirasçılar sadece rakabe mülkiyetine sahip olmakta malın menfaatinden kullanma veya tüketme şeklinde yararlanamadıkları gibi semerelerinden de yararlanamamaktadırlar.

3.1.2. Menfaat Mülkiyeti (İntifa Hakkı)

Menfaat mülkiyeti (intifâ hakkı) bir şahsa tanınan hak olabileceği gibi bir ayn üzerinde tanınan hak da olabilmektedir. Bu sebeple şahsî intifâ ve aynî intifâ diye ikiye ayrılmaktadır.

3.1.2.1. Şahsî İntifâ Hakkı

Mâlikî mezhebine göre menfaat mülkiyeti ile intifâ hakkı kavramı arasında fark vardır. Menfaat mülkiyeti sahibine malı bizzat kullanma hakkı vermesinin yanında başkasına devir ve temlik etme hakkı da tanımaktadır. İntifâ hakkı ise kişiye özel olarak tanınan bir hak olup başkasına devri mümkün değildir. Buna göre bir evi kiralayan kişi menfaat mülkiyetine sahip olduğu için isterse kira süresi içinde başkasına kiralayabilir. Ancak bir kişi başkasına evinde bir müddet oturması için izin vermesi durumunda evde oturan intifâ hakkı sahibi evi bir başkasına devredemez.

Hanefî mezhebi menfaat mülkiyeti ile intifâ hakkı kavramı arasında bir fark görmemekte, intifâ hakkı sahibine de malı bir başkasına devretme hakkı tanımaktadırlar. Ancak intifâ hakkı, belirli bir şahsa tanınması durumunda hakkın devri ve temlikî caiz olmayacaktır. Buna göre başkasının evinde kira akdi yapmaksızın ev sahibinin izni ile oturan şahıs başkasına devretmeyip bizzat kendisinin kullanması şartıyla orada oturuyorsa intifâ hakkını devredemeyecektir. Böyle bir şart ileri sürülmemişse intifâ hakkını devretmesi mümkün olacaktır.

Şahsî İntifâ Hakkı Kazandıran Sebepler

a-Kira Akdi: Kira, bedel karşılığında bir menfaati temlik etmektir. Bir yeri kiralayan şahıs, oranın menfaat mülkiyetine malik olur. Kiracı menfaate malik olduğu için dilerse kira ya da âriyet yoluyla menfaati başkasına temlik edebilir.

b-Âriyet Akdi: Âriyet, eşyanın menfaatinin bedelsiz olarak kullanılmasına izin verilmesidir. Bunu ibâha olarak kabul edenler olduğu gibi, eşyayı kullananın malın menfaatine malik olacağını kabul eden fakihler de bulunmaktadır. Âriyet akdini sadece ibâha kapsamında görüp, menfaat mülkiyeti doğurmayacağını kabul edenlere göre, malı âriyet alan sadece kendisi kullanabilir, başkasına bedelli ya da bedelsiz devredemez. Hanefî mezhebine

göre âriyet akdi menfaat mülkiyeti doğurur. Âriyet alan kişi, isterse malı bir başkasına âriyet olarak verebilir. Ancak kira akdi yoluyla menfaati temlik edemez.

c-Vakıf: Vakıf, bir mülkün menfaatini hayır amacıyla kullanmak üzere tahsis edip, malın aynını temlik ve temellükten men etmek demektir. Bir mal, vakıf yoluyla bir şahsa tahsis edildiğinde bu şahıs malın menfaatine malik olması sebebiyle bizzat yararlanabileceği gibi bedelli ya da bedelsiz olarak menfaatini başkasına devredebilir. Ancak vakfeden işletilmemesini açıkça ifade etmiş veya örf buna engel oluyorsa vakfedilen kişi hakkını başkasına devredemez.

d-Vasiyyet: Vasiyyet, bir malı ya da menfaati ölümden sonraya izafetle bedelsiz olarak temlik etmek demektir. Vasiyyet hem malın aynını hem menfaatini kapsıyorsa tam mülkiyet, bunlardan birisini kapsıyorsa eksik (nâkıs) mülkiyet söz konusudur. Ele alınan konu eksik mülkiyet olduğu için burada kastedilen malın aynının değil, menfaatinin vasiyyet edilmesidir. Bu şekilde vasiyyet edilen şahıs malın menfaatine malik olmakta ve bizzat kendisi yararlanabileceği gibi, başkalarına bedelli ya da bedelsiz temlik edebilmektedir.

3.1.2.2. Aynî İntifâ Hakkı (İrtifak Hakkı)

Bir gayrimenkul üzerinde, başkasına ait bir gayrimenkul yararına (lehine) kurulmuş olan aynî haktır. Kendisinden yararlanan akara hâdim akar, başka akardan yararlanan akara hâkim akar denir. İrtifak hakkı, malın kimin mülkü olduğuna bakılmaksızın bizzat o malın kendisi ile birlikte bulunan haklardır.

İrtifak Hakkının Özellikleri

a-İrtifak hakkı, bir gayrimenkul lehine sabit olan haktır.

b-İrtifak hakkı devamlıdır, hâkim akarın el değiştirmesi ile sona ermez. Bu haklar buldukları yere tâbi haklar olduğu için gayrimenkulün sahibi değişinde bu haklar da intikal eder. Arazinin yeni sahibi irtifak haklarının da sahibi olur.

c-İrtifak hakkı miras yoluyla intikal eder.

d-İrtifak hakkı, üzerinde bu hak bulunan gayrimenkul maliki açısından bağlayıcıdır. İptal etme yetkisi bulunmamaktadır.

e-İrtifak hakkını kullanırken başkalarına zarar vermemek gerekir. Hz. Peygamber (s.a.v) “Zarar vermek yoktur, zarara zararla karşılık vermek de yoktur.”²⁷ buyurmuştur.

İrtifak Hakkının Kazanılma Yolları

a-Kamu ortaklığı irtifak hakkı kazanmaya sebep olmaktadır. Bütün halkın yararlanması için ayrılmış olan alanlar halkın ortak malıdır. Herkesin buralardan yararlanma hakkı bulunmaktadır. Kapısının önünde cadde bulunan her evin o cadde üzerinde irtifak hakkı vardır. Bu hak orayı kullanarak eve geçme hakkı ile sınırlıdır. Evlerin, mahalleden geçen kanalizasyonu gerekli bağlantıları yaparak kullanma hakkı vardır. Nehir kıyısındaki tarlaların o nehirden su alma hakkı veya fazla suyu tahliye etme hakkı kamu ortaklığına dayalı olarak kazanılan irtifak haklarından.

²⁷ Mâlik, *el-Muvatta'*, Buyu', 28, 2758.

b-Akit esnasında ileri sürülen şartların geçerliliği ve akitlere etkisi konusunda fakihlerin farklı görüşleri bulunmaktadır. Örf-adet olmuş hususların şart koşulması genelde caiz ve bağlayıcı olarak görülmüştür. Buna göre bir kimse tarlasını kendisine ait diğer tarlaya geçmek üzere kullanmak üzere satsa, o bölgede böyle bir örfün bulunması durumunda satılan tarla üzerinde irtifak hak çeşitlerinden olan geçme hakkı doğacaktır. Bu hak akit yaparken kabul edilen şart ile elde edilmektedir.

c- İhya edilen ölü arazinin etrafının başka kişiler tarafından ihya edilmesi durumunda, ortada kaldığı için kendi tarlasına geçemeyen kişi geçiş hakkına sahip olmaktadır.

d- İrtifak hakkının elde ediliş sebebi bilinmiyorsa eskiden beri devam ediyor olmasına dayalı olarak irtifak hakkının var olduğuna karar verilir. Ancak bâtil bir sebebe dayalı olduğu ortaya çıkarsa bu hakka son verilir. Buna göre; bir kişinin evinin çatısının suyu eskiden beri başkasının arsası kullanılarak tahliye ediliyor ve bunun hangi hukukî sebebe dayalı olduğu bilinmiyorsa, uzun zamandır devam etmesine binaen –bâtil bir sebebe dayandığı ortaya çıkmadıkça- bu hakkın varlığı kabul edilir.

e-Komşu olmak, karşılıklı olarak komşuluk hakkının doğması için sebeptir. Her evin komşu eve karşı irtifak hakkı vardır. Bitişik arsada bina yapan şahıs başka çaresi yoksa komşusunun duvarı üzerine giriş başlarını koyabilir.

f-İrtifak hakkı üzerinde bulunan hâdim gayrimenkulü bu hakla birlikte satmak caizdir. Aynı şekilde irtifak hakkı lehine tesis edilmiş bulunan hâkim gayrimenkulü de bu hakla birlikte satmak caizdir.

Başlıca İrtifak Hakları

a-Su Hakkı (Şirb Hakkı ve Şefeh Hakkı)

Şirb hakkı ile kastedilen ziraî mahsulleri sulama hakkıdır. Şefeh hakkı ise, insanların başta içme olmak üzere yemek, temizlik gibi temel ihtiyaçları için gerekli olan su hakkını ifade etmektedir. Sular, şirb ve şefeh hakkı bakımından üçe ayrılır:

Birincisi, hiç kimsenin özel mülkiyetinde olmayan umuma ait akarsular, nehirlerdir. Bu suların herkes başkasına zarar vermeksizin şirb ve şefeh hakkını kullanabilir. Bu sularla arazileri sulamak, hayvanlara içirmek, ev ihtiyaçlarında kullanmak mümkündür. Suyu taşıyabilmek için akarsuyun kenarından ağızlar ve menfezler açılabilir. Su kanalları yarılabılır. Ancak bu tür faaliyetlerin meşruiyeti için suyu tüketmeyip, başkalarının zarara uğratılmaması şarttır. Zarar ortaya çıkması durumunda bu sular üzerindeki tasarruf hakkı sınırlandırılır.

İkincisi, özel mülkiyet altındaki kuyu ve kaynaklardır. Bu sular üzerinde bütün insanların şefeh hakkı bulunmaktadır. Umumî olarak şirb hakkı (sulama hakkı) ise bulunmamaktadır.

Üçüncüsü, su kabı, depo, sarnıç gibi yerlere alınarak ihraz edilen sulardır. Bu sular, onu ihraz edenin mülküdür. Başka insanların şirb hakkı da, şefeh hakkı da bulunmamaktadır. Bu sudan ancak sahibinin izni ile yararlanmak mümkün olur.

Şirb ve şefeh hakkına sahip olanların bu haklarını başkalarına zarar vermeden kullanmaları gerekir. Hem umumî yol, hem de özel mülkiyetten geçerek su kanalına

ulaşmanın mümkün olduğu durumlarda umumî yol kullanılmalıdır. Umumî yol olmaması durumunda özel yola sahip olan kimsenin suyun oradan geçirilmesine izin vermesi gerekir. Birden fazla kişinin sulama hakkının bulunması durumunda adaletli bir paylaşım yapmaları gerekir. Sulama hakkı, bütün fukahaya göre miras yoluyla intikal eder.

b-Kullanılacak Suları Geçirme Hakkı (Mecrâ Hakkı)

Mecrâ hakkı, sulama hakkına sahip olan kişinin, su ile kendi arazisi arasındaki başkasına ait olan araziye suyu geçirebilmek için kullanabilmesidir. Mecrâ hakkı, hâkim arazinin, hâdim arazi üzerindeki bir irtifak hakkıdır. Bu hakkı kullanırken, hâdim akara zarar verilmemesi gerekir. Akarsu veya dere ile sulanacak tarla arasındaki arazi sahibinin bu hakka engel olma yetkisi yoktur. Mecrâ hakkına sahip olan kişi suyun aktığı yolu ıslah etmek, temizlemek gibi amaçlarla kenarından geçme (mürûr) hakkına da sahiptir. Suyolunun masrafları, bundan yaralananlara aittir.

c- Fazla ve Kullanılmış Suları Geçirme Hakkı (Mesil Hakkı)

İhtiyaç fazlası ya da kullanıma elverişli olmayan suyun oluklarla, kanallarla veya borularla başkasının akarı üzerinden akıtma hakkıdır. Mesil hakkı, çatı, tuvalet, mutfak akıntılarının tahliyesini de içine almaktadır. Bir gayrimenkul üzerinde mesil hakkı sübut bulunca açık bir zarar olmadıkça o gayrimenkul sahibinin buna engel olma hakkı yoktur. Arazinin vasıf değiştirmesi mesil hakkını iptal etmez. Ev üzerindeki mesil hakkı, sahibinin orayı bahçe yapmasıyla ortadan kalkmaz. Suyu tahliye için kullanılan kanalı, boruyu tamir masrafları ondan faydalanan kişiye aittir.

d-Geçiş Hakkı (Mürûr Hakkı)

Geçiş hakkı hem umuma ait yolun kullanılabilmesini hem de başkasına ait bir gayrimenkulün üzerinden geçiş yapabilme hakkını ifade etmektedir. Bütün halkın yararlandığı yollardan herkesin geçme hakkı vardır. O yol üzerindeki ev sahipleri istedikleri kadar yola bakan pencere, kapı yapabilirler. Bu hakkı kullanırken başkalarına zarar vermemek esastır. Bu sebeple gelip geçenleri rahatsız eden yola doğru ilave çıkıntılara izin verilmez, yapılmışsa da yıktırılır. Hususî mülkiyet konusu olan arazilerde de geçiş hakkı bulunmaktadır. Hâdim araziden geçiş hakkı, bunu ortadan kaldıran hukukî bir sebep bulunmadıkça devam eder. Özel yoldan yararlanma hakkı bir kişiye ait olabileceği gibi birden fazla kişiye de ait olabilir.

e-Komşuluk Hakkı

Fakihlere göre, komşuların birbirlerine karşı hak ve sorumlulukları bulunduğu, komşuya zarar verici davranışlardan kaçınmanın gerekliliği konusunda ittifak olmakla birlikte bu sorumluluğun ahlakî mi, hukukî mi olduğu konusunda ihtilaf vardır. Şâfiî, Hanbelî ve ilk dönem Hanefî fakihlerine göre komşuluk hakları ahlakî niteliktedir. Kişinin mülkü üzerinde tasarruf etme hakkı bulunduğu, komşusundan zarar gören mahkemeye başvurup bu tasarrufu engelleyemez. Mâlikî mezhebine ve sonraki dönem (müteahhirûn) Hanefî fakihlere göre komşunun sorumlulukları hukukî niteliktedir. Komşuya aşırı zarar

veren davranışlara hukuken engel olunur. Mahkemeye başvurup zararın kaldırılması sağlanır.

Mülk üzerindeki tasarruf yetkisi, başkasına zarar verme hürriyeti içermez. Küçük ve az sayılan zararlara ise karşılıklı olarak anlayış ve tahammül gerekir.

Çok katlı binalarda katlardan birinin yıkılması, alt veya üst kat malikinin irtifak ve intifâ hakkını ortadan kaldırmaz. Bu kişiler aynı haklarını kullanarak binalarını yeniden kurabilirler. Üst hakkına sahip olan şahıs bu hakkını, kat ile birlikte satabilir. Kat ile birlikte üst hakkını da satın almış bulunan yeni malik katın yıkılması halinde yeniden yapma hakkına sahiptir. Çünkü alt katın üstüne bina yapma (karar) hakkı bir irtifak hakkıdır ve hâkim akarın yıkılması bu hakkı ortadan kaldırmaz.

4. FER'Î AYNÎ HAKLAR

Fer'î aynî haklar başlığı altında bir alacağın temin gayesi ile bu alacağa bağlı olarak tahsil edilen taşınır ya da taşınmaz mal üzerinde, bu tahsisten doğan haklar ele alınmaktadır. Bu haklar sahibine sınırsız yetki vermemektedir.

Fer'î aynî haklar, teminat hukukunun bir kısmını teşkil etmektedir. Teminattan kasıt, borçlunun borcunu ödememesi tehlikesine karşı alacaklıya tanınan garantilerdir. Alacaklı kredi verirken alacağını şahsî ve aynî teminat olmak üzere iki şekilde teminata bağlama imkânına sahiptir. Kefalet ve havale şahsî teminatın örnekleridir. Rehin ise aynî teminattır. Alacak, doğrudan doğruya kendisi için tahsis edilen bir malın kıymeti ile garanti altına alınıyorsa aynî teminat söz konusu olur ve konu eşya hukukunun çerçevesine dâhil olur.

FER'Î AYNÎ HAKLAR

REHİN

HAPİS HAKKI

İPOTEK

4.1. Rehin

Tarifi: Rehin, bir malı alınması mümkün olan bir hak karşılığında alıkoymak ve hapsedmektir. Rehin verene râhin, rehin alana mürtehin, rehin verilen mala merhûn, karşılığında rehin verilen hakka merhûnun bih denir. Borçlunun alacaklıya, borcunu ödemediği takdirde satılıp bedelinden borcun ödenmesi mümkün olan bir malı teslim etmesi ile rehin gerçekleşmiş olur. Rehinin hak sahibinin yanında hapsedilmesi zorunlu değildir. Tarafların üzerinde hemfikir oldukları güvenilir bir kişi (yed-i emin) yanında da durabilir.

Rüknü: Rehin, icap ve kabul ile kurulmakla birlikte, kabz olmadan rehin tamam olmaz. Kabz şartının inikad şartı mı yoksa lüzum şartı mı olduğu konusunda fakihler arasında ihtilaf bulunmaktadır. Mecelle'ye göre, kabz lüzum şartıdır ve rehin konusu mal teslim edilmedikçe akit lâzım (bağlayıcı) değildir. Teslimden önce rehin veren rücû edebilir. Rehin alan için akit bağlayıcı değildir, teslimden sonra akdi feshetme ve rehini sahibine verme hakkı vardır.

Kapsamı: Eşyanın tamamlayıcı cüzleri, eşyaya bağlı ve bitişik şeyler rehine dâhildir. Arsa rehin verildiğinde üzerindeki ağaçlar, etrafındaki çitler rehine dâhil olur. Ebû Hanîfe'ye göre hukukî semereler rehine dâhil olmaz. Ahmed b. Hanbel rehinin şümulünü geniş tutarak

hem tabiî hem de hukukî semerelerin rehine dâhil olacağını söylemiştir. İmam Şâfiî'ye göre rehin akdi yalnızca rehin verilen malın aslı ile ilgili olduğu için tabiî ve hukukî semereler rehine dâhil olmaz. İmam Mâlik'e göre ise koyundan doğan kuzu örneğinde olduğu gibi sadece rehinden doğan ve aynı cinsten olan şeyler rehine dâhil olur.

4.1.1. Rehin Akdinin Şartları

Bir rehin akdinin hukukî geçerlilik kazanabilmesi için akdin unsurlarının taşınması gereken şartlar bulunmaktadır.

a. Râhinde ve Mürtehide Bulunması Gereken Şartlar

Edâ ehliyeti tam olanların yaptıkları rehin akdi geçerlidir. Temyiz dönemindeki çocuk ve sefihler gibi eksik edâ ehliyetlilerin yaptıkları rehin verme işlemleri veli/vasi onayı ile geçerli olacaktır. Mahcur kişilerin rehin verme işlemi mevkuftur, diğer alacaklıların onayı ile geçerlilik kazanır. Eda ehliyeti hiç olmayanların yaptıkları rehin işlemi ise batıldır.

b. Rehin Verilen Malda (Merhûn) Bulunması Gereken Şartlar

Rehin verilen mal; mütekavvim, akit anında mevcut, teslim edilmesi mümkün, özel mülkiyete konu olabilen, belli (muayyen) ve satılabilir bir mal olmalıdır.

Hanefî mezhebine göre, rehin konusu malın müstakil olması şarttır. Diğer mezheplere göre, şâyi hisseli ortak mal da rehnedilebilir. Bu görüş ayrılığının sebebi rehin konusu şâyi hisseli malın tesliminin mümkün olup olmadığı hakkındaki farklı değerlendirmelerdir.

c. Karşılığında Rehin Verilen Hakta (Merhûnun Bih) Bulunması Gereken Şartlar

Merhûnun bih, zimmet borcu veya helak olduğu takdirde misli ile ya da kıymeti ile tazmin edilmesi gereken bir mal olmalıdır.

Rehin İle Teminat Altına

Alınamayanlar

Kıyas hakkı
Rüşvet ve kumar borcu
Şüf'a hakkı
Şahsa kefil olmak
Âriyet ve emanet mal
Satılıp henüz teslim edilmemiş mal
Ayn borcu

Rehin İle Teminat Altına Alınabilenler

Gasbedilen mal
Diyet, erş gibi cezaî tazminatlar
Selem akdinde misli borçlanılan mal
Kira bedeli
Karz vermekten doğan alacaklar
Mehir olarak tayin edilen mal
Deyn borcu

4.1.2. Rehinin Mürtehide Tesliminin Neticeleri

Alacağını teminat altına almak üzere rehin alan kişinin sahip olduğu belli başlı haklar bulunmaktadır.

a. Hapis Hakkı

Mürtehin alacağını tahsil edinceye kadar rehin aldığı malı elinde tutma (hapsetme) hakkına sahiptir. Borçlu, borcun tamamı ödenmeden rehinin tamamının veya bir kısmının iadesini isteyemez. Alacaklı kendi rızası ile rehini borçluya teslim ederse hapis hakkını iptal etmiş olur. Borç ödendikten sonra hapis hakkı sona erer.

b. Öncelik Hakkı

Mürtehin diğer alacaklılara göre rehin üzerinde öncelik hakkına sahiptir. Borcun ödenmemesi veya borçlunun vefat etmesi durumunda rehin mal satılarak öncelikle rehin alanın alacağı ödenir. Borç ödenmedikçe diğer alacaklılar ve vârisler bu mal üzerinde herhangi bir hak iddia edemezler. Rehın bedeli borcu karşılayamazsa geriye kalan alacak, rehinsiz alacaklara dâhil olur.

c. Talep Hakkı

Rehin, mürtehinin vadesi gelmiş alacağını isteme hakkına engel değildir. Borçlunun verdiği rehini ileri sürerek alacaklının talebini geri çevirmesi mümkün değildir.

d. Rehınin Telefı Halinde Borcun Düşmesi

Rehin konusu mal, rehin alan tarafından kasten telef edilirse rehin malın tazmin edilmesi gerektiği hususunda fakihler ittifak etmişlerdir. Tedbirsizlik ve ihmal sebebiyle malın telef olması durumunda Hanefî mezhebinde malın kıymeti kadar borcun düşeceği görüşü vardır. Şafî ve Hanbelî müçtehitlere göre ise kasıt ve kusur olmaksızın malın telef olması, tazmini de borcun düşmesini de gerektirmez.

4.1.3. Rehın Üzerinde Tasarruf Hakkı

Rehin malı üzerinde, tarafları bağlayıcı olmadığı için tek taraflı irade ile sona erdirilebilen akitler yapmak mümkündür. Bu sebeple rehin, âriyet ve emanet olarak verilebilir. Rehın konusu malın satılması ancak tarafların rızası ile geçerli olur. Borç ödenmediği halde rehin satılmış ise bedeli rehin olarak kalır. Hanefîler kira akdinin bağlayıcı olduğunu ve kiraya verilen malın teslim edilmesinin gerekliliğini göz önüne alarak rehin konusu malın kiraya verilmesi durumunda rehin akdinin sona ereceğini söylemişlerdir. Hanbelîlere göre ise, rehin konusu malın kiraya verilmesi caizdir, rehin akdine zarar vermez.

4.1.4. Rehın Akdinin Sona Ermesi

Rehin akdi, rehınin fekki, akdin feshedilmesi veya rehin malın satılıp alacağın ödenmesi yollarından birisi ile sona ermektedir.

a. Rehınin Fekki

Fekk, sözlük anlamı olarak açmak, kurtarmak, kesmek demektir. İstilahî olarak, rehın verenin, borçtan kurtulması sonucunda rehini kurtarması demektir. Borçtan kurtulmak rehini geri almayı dolayısıyla rehin akdinin sona ermesini sağlayacaktır.

Borçlunun, borcundan kurtulmasının başlıca yolları;

a-Rehin alanın rehın vereni ibrâ etmesi veya alacağını hibe etmesi, borçlunun da bunu kabul etmesi sonucunda rehin kurtulur.

b-Rehin veren borçlunun, borcunu ödemesi durumunda rehin kurtulur.

c-Rehin alan alacaklı, borçlu bulunduğu üçüncü şahsı rehın veren üzerine havale ederse (alacağın temliki) rehin kurtulur. Borcun nakli durumunda rehınin kurtulup kurtulmayacağı konusunda ihtilaf vardır. İmam Muhammed'e göre kurtulmuş olmaz, İmam Ebû Hanîfe ve İmam Ebû Yusuf'a göre rehin kurtulmuş olur.

b. Rehın Akdinin Feshi

Rehin akdi taraflardan sadece rehin veren için bağlayıcıdır. Rehin alan için bağlayıcı değildir, istediği zaman akdi feshederek rehini sahibine iade edebilir. Karşılıklı anlaşma yoluyla da rehin akdinin feshedilmesi mümkündür. Rehin alanın veya rehin verenin vefatı rehin akdini sona erdirmez. Rehin alan vefat etmişse mal vârislere rehin olarak intikal eder. Rehin veren vefat etmişse, vârisleri borcu ödeyerek rehini kurtarabilirler.

c. Rehin Malın Satılıp Borcun Ödenmesi

Rehin mal, rehin akdi ile teminat altına alınan borcun belirlenen vadesinde ödenmemesi durumunda doğrudan doğruya alacaklının mülkü olmaz. Borcun vadesi geldiğinde borçlu, borcunu ödemezse rehin alan alacaklı mahkemeye başvurur. Hâkim borçluya rehini satıp borcu ödemesini emreder. Borçlu bunu yapmazsa hâkim veya onun görevlendirdiği şahıs rehin malı satarak borç ödenir.

4.2. Hapis Hakkı

Hapis hakkı, kanunî şartların gerçekleşmesi halinde alacaklıya, zilyetliğinde bulunan ve iadesi gerekli olan, borçluya ait menkul malları iade etmeyip alacağın teminatı olarak alıkoyma ve paraya çevirme yetkisi veren bir aynî haktır. Hapis hakkı karşılıklı borç doğuran akit ve tasarruflardan doğabilir. Örnek: Satım, kira, vekâlet, emanet akitlerinden doğan hapis hakkı

Kanundan doğan hapis hakları da mevcuttur. Örnek: Kayıp eşyayı bulup, gerekli izinleri alarak bulduğu eşya için harcama yapan kişi, yaptığı masrafları eşyanın sahibinden alıncaya kadar hapis hakkına sahiptir.

Taksimi mümkün olmayan ortak akar için ortaklardan birisi, hâkimden izin alarak zarurî harcamalar yaparsa, diğer ortaklar hisselerine düşen masrafı ödemedikçe hapis hakkını kullanır ve bunları ortak maldan istifade ettirmeme hakkına sahip olur.

4.2.1. Hapis Hakkının Şartları

1-Hapis hakkına konu olan mal, borçlunun rızası ile hak sahibine geçmiş ve onun zilyetliğinde olmalıdır.

2-Vadesi gelmiş bir alacak mevcut olmalıdır. Borçlu, borcunu ödemekten aciz hale gelmiş ise borcun vadesi beklenmeden hapis hakkı derhal gerçekleşmektedir.

3-Alacaklının elindeki mal ile alacak arasında bir bağlantı bulunmalıdır. Bu konuda Hanefiler kuvvetli bir bağ bulunması gerektiğini söylerken, Mâlikîler daha geniş çerçeveden konuya yaklaşmışlardır. Örnek: Her iki mezhebe göre, malı üreten işçi, ücretini alıncaya kadar hapis hakkına sahiptir. Mâlikî mezhebine göre, taşımacı alacağına karşılık taşıdığı mal üzerinde hapis hakkına sahiptir.

4-Hapis hakkı, alacaklı veya mal sahibinin bir tasarrufu sonucu ortadan kalkmamalıdır. Örnek: Malı satan, peşin olan bedeli almadan malı teslim ederse, satın alan malı alırken satıcı görüp de sükût ederse hapis hakkı sona erer.

4.2.2. Hapis Hakkının Hukukî Neticeleri

1-Alacak ödenmedikçe hak sahibinin malı iade etmeme hakkı vardır. Bu durumu defi hakkı olarak kullanabilecektir.

2- Borçlunun iflas etmesi veya borçlu olarak ölmesi durumunda hapis hakkına konu olan mal, yetkili makam tarafından alacaklının talebi üzerine satılarak bedelinden borcun ödenmesi sağlanır.

4.3. İpotek

İpotek, şahsî bir borç karşılığında borçlunun ortaya koyduğu bir gayrimenkul üzerinde alacaklı lehine tapu siciline işlenen kayıttır. Halen mevcut veya ileride vücut bulması beklenen herhangi bir alacağın temini için ipotek tesis edilmektedir.

İpoteğin gayesi, alacağın teminat altına alınmasıdır. İpoteği diğer gayrimenkul rehininden ayıran en önemli fark, ipotekte malın alacaklıya teslim edilmemesi, sadece tapuya tescil edilmesidir. İpotek tapuya tescil edildiği için fiilî olarak kabz gerçekleşirse de alacağı garanti altına alma amacına ulaşılmaktadır. İpotekli mal, borç ödenmediği için paraya çevrilmesi durumunda alacağı karşılamaya yetmemesi durumunda borçlunun alacaklıya karşı sorumluluğu devam edecektir. İpotekli malın alacaklıya haber verilmeden satımının muteber olması, İslam hukukundaki rehin hükümlerine aykırı olduğu için ipoteğin gayri meşru olmasını gerektirmez. İpotekli mal, başkasına satılsa bile, tapudaki ipotek kaydı kaldırılmadıkça alacaklının hakkının korunmasına ve alacağın garanti altında bulunmasına engel olmamaktadır. İpotekli mal, borçludan başkasının mülkiyetine geçtiğinde borcun ödenmemesi durumunda gayrimenkul nakde çevrilip borcun ödenmesi sağlanır.

Klasik dönemde fukaha, rehin malın teslimine ayrı bir önem vermiş ve rehin akdinde kabzın gerçekleştirilmesinin gerekliliği üzerinde hassasiyetle durmuştur. İpotek işleminde her ne kadar dar manada bir kabz gerçekleşmemekle birlikte, tapuya tescil teminat fonksiyonu bakımından teslimin ve kabzın yerini tutmuştur. İslam hukukunda genel kural olarak gayrimenkul rehininin tescili şart koşulmamıştır. Ancak böyle bir tescil işlemi yapılmasının önünde fikhî bir engel de bulunmamaktadır. Burada yapılan açıklamalardan çıkan sonuca göre, tapuya tescil teslim yerine konmak suretiyle İslam hukukunda ipotek akdi caizdir ve geçerlidir.

5. ZİLYETLİK

Sözlük anlamı, el sahibi anlamına gelen zilyet, malın sahibi kendisi olsun ya da olmasın, uzun süre bir malı elinde bulunduran ve onu kullanan kimsedir. Mecelle zilyedi; bir şeyi fiilen elinde bulunduran yahut şeyin sahibi gibi onun üzerinde tasarrufta bulunan kimsedir diye tanımlamıştır. (Madde 1679) Buna göre, bir kişi saate, arabaya, deftere, cekete fiilen elinde bulundurarak zilyet olmaktadır.

Tarla, ev, bahçe gibi gayrimenkullere ise üzerinde ağaç dikmek, ekin ekmek, içinde meskûn olmak gibi tasarruf yaparak zilyet olmaktadır.

Zilyetlik bir hakka dayanabileceği gibi, herhangi bir hakka dayanmayan zilyetlik de söz konusu olabilir. Mal sahibinin, kiracının rehin alanın elindeki mal haklı zilyetliktir. Hırsızın, gaspçının zilyetliği haksız zilyetliktir. İslam hukukunun tanıdığı zilyetlik, dava esnasındaki fiilî zilyetlik değil, daha önce sabit olan haklı zilyetliktir. Zilyetlikte esas olan fiilî hâkimiyet değil hakka dayanan fiilî hâkimiyettir. Hakka dayanmayan zilyetlikler korunmaz. Bu sebeple

(A), (B)'nin saatini gasbedip elinde bulundursa (B) mahkemeye başvurduğunda zilyet (B) kabul edilir. Saat fiilî olarak (A)'nın elinde olduğu halde hukuken (B)'nin zilyet kabul edilmesi, fıkıhta zilyetlikte hakka dayanan fiilî hâkimiyetin esas alındığını göstermektedir.

Zilyetliğin Hukukî Niteliği

Bir mal üzerinde fiilen hâkimiyet kurmuş kişinin zilyetliği ispat ve tescil için açtığı dava kabul edilir. Zilyetlik, başlı başına bir hak olmayıp, kişinin elindeki mal üzerinde iddia ettiği hakka sahip olduğu hususunda bir karine olarak kabul edilmektedir. Zilyetlikten doğan mülkiyet karinesinden yararlanılabilmesi için eşya üzerindeki zilyetliğin şüphe ve tereddüde yol açmayacak şekilde tespit edilmesi gereklidir. Zilyetlik, mülkiyet davasında bir delildir ancak bu delil, aksini ispat eden bir delil bulunmadıkça geçerlidir. Zilyet olmak mülkiyetin sübutunu gerektirmez. Bir kimse bir malı uzun süre elinde bulundurup malik gibi tasarruf etse bile sırf buna dayalı olarak mal üzerinde aynî hak kazanmış olmaz. İslam hukuku, zamaşımına hak kazandırma fonksiyonu vermemiştir.

Mülkiyet davasında mahkemede, zilyet davalı, zilyet olmayan ise davacı kabul edilir ve delil, beyyine davacıdan talep edilir.

6. TAPU SİCİLİ

Tapu sicili, gayrimenkuller üzerindeki aynî hakların durumunu belirtmek üzere Tapu idarelerince düzenlenen defterlere geçirilen kayıtlardır. Tapu sicili, taşınmaz mallar üzerinde bir aynî hakkın bulunduğunu herkese açıklayan, aynî hakkın aleniliğini sağlayan bir yöntemdir.

Osmanlı devletinde fethedilen araziler, tescil ve tespit gayesi ile resmî görevliler tarafından muntazam bir şekilde resmî koruma altındaki *defter-i hâkanî* denilen defterlere kaydedilmiştir. Arazinin bu şekilde yazım işlemine *tahrir* denilmiştir. Bu defterlerde kayıtlı gayrimenkuller kamuya ve vakıf kurumlarına ait arazilerdir. Mülk araziler bu defterlere kaydedilmemiştir.

Zilyetlik, gayrimenkullerdeki aynî hakların aleniyetini yeterli miktarda sağlayamadığı için, gayrimenkuller üzerindeki aynî hakların tapu siciline kayıt yoluyla aleniyet kazanması günümüzde gerekli hale gelmiştir. İslam hukukunda bir malın mülkiyetini elde edebilmek için tescil ve resmî memurun orada hazır bulunması şart değildir. İcap ve kabul yapılarak mülkiyetin intikalini sağlamak mümkündür. Yapılan işlemin tescil edilmesinin önemi, hile ve sahtekârlığı önlemek ve mülkiyet hakkının ispatını kolaylaştırmaktır. Akitlerle ilgili genel kural bu şekilde olmakla birlikte, yaşanan toplum düzeninde kamu otoritesi gayrimenkulleri kayıt altına alma yönünde karar almışsa bu karara uygun hareket etmek fikhin genel ilke ve hedefleri açısından bir sakınca taşımamaktadır.

DENĞERLENDİRME SORULARI

1. Aşağıdakilerden hangisi şufa hakkını kullanabilme şartlarından biri değildir?

A) Şüf'a hakkına konu olan mal akar olmalıdır.

- B) Şufa hakkı menkullerde de caridir.
C) Şüf'aaya konu olan mal sahibinin mülkiyetinden ıvazlı olarak (bedel ödenerek) çıkmalıdır.
D) Şüf'a hakkına konu olan mal sahibinin mülkiyetinden sahih bir akitle kesin olarak çıkması gerekir
E) Hanefî mezhebine göre şüf'a hakkını kullanacak olanın hayatta olması gerekir.

2. Hangisi mülkiyetin kaybedilmesi ya da devredilmesinin yollarından biri değildir?

- A) Karz
B) Hibe
C) Vasiyet
D) Bey'
E) Vakf

3. Hangisi şahsî intifâ hakkı kazandıran sebepler arasında sayılamaz?

- A) Kira akdi
B) Âriyet akdi
C) Hibe
D) Vakıf
E) Vasiyyet

4. Hangisi irtifak hakkının özelliklerinden biri değildir?

- A) İrtifak hakkı, bir gayrimenkul lehine sabit olan haktır.
B) İrtifak hakkı devamlıdır.
C) İrtifak hakkı miras yoluyla intikal etmez.
D) İrtifak hakkı, maliki açısından bağlayıcıdır. İptal etme yetkisi bulunmamaktadır.
E) İrtifak hakkını kullanırken başkalarına zarar vermemek gerekir.

5. Şahsî bir borç karşılığında borçlunun ortaya koyduğu bir gayrimenkul üzerinde alacaklı lehine tapu siciline işlenen kayda ne denir?

- A) Rehin
B) Hapis Hakkı
C) İrtifak Hakkı
D) Zilyetlik
E) İpotek

YEDİNCİ HAFTA

ÜNİTE VII:

İSLAM BORÇLAR HUKUKU I (GENEL İLKE VE HÜKÜMLER)

KONULAR

1. Genel İlke ve Hükümler
 - 1.1. Borç Kavramı
 - 1.2. Borcun Unsurları
 - 1.3. Borcun Kaynakları

AMAÇLAR

1. İslam hukukunda borç kavramını tanımlayabilmek
2. Hangi fiillerin borca kaynaklık edebileceğini öğrenmek
3. İslam'da akit teorisini öğrenmek
4. İslam hukukuna göre çeşitli yönleriyle akdin çeşitlerini bilmek.

HAZIRLIK SORULARI

1. Akit teorisi hakkında İslam Ansiklopedisinden bilgi ediniz.
2. Borcun unsurları neler olabilir? Araştırınız.
3. Borç doğuran hususlar nelerdir? Araştırınız.

İSLAM BORÇLAR HUKUKU I

GİRİŞ

Borçlar Hukuku bireyle diğer bireyler arasındaki ilişkileri düzenleyen bir hukuk dalı olması nedeniyle “özel hukuk” türlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Modern hukuk sistemlerinde genel olarak benimsenen kamu hukuku-özel hukuk temel ayrımında borçlar hukuku, özel hukuk alt branşlarından ve medeni hukuku meydana getiren hukuk dalları arasında yer alır. Borçlar hukuku, kişilerin başkalarına karşı hukukî ilişkiden kaynaklanan yükümlülüklerini konu edinir.

1. GENEL İLKE VE HÜKÜMLER

1.1. Borç Kavramı

Genel anlamda borç, kişiyi başkasına karşı bir şey yapmak ya da vermekle veya yapmaktan kaçınmakla yükümlü kılan, hukukî ilişkinin doğurduğu sorumluluk demektir. Bu kavram, borcun konusuna, borç ilişkisinin tek taraflı yahut karşılıklı oluşuna göre birbirinden farklı üç anlamda kullanılmaktadır.

En dar anlamıyla borç, para borçlarını ifade eder. Nitekim Mecelle'nin 32 ve 252. maddelerinde bu anlamda kullanılmıştır.²⁸

Birinci kullanıma göre daha geniş anlamda borç, taraflardan sadece birinin diğerine karşı yerine getirmekle mükellef olduğu şeyi ifade eder. Bu yükümlülük, bir şeyi verme ya da yapma şeklinde aktif karakterli olabileceği gibi, kaçınma şeklinde pasif de olabilir. Mecelle'nin 657. maddesinde ifade edilen borç, bu anlamdadır.²⁹

En geniş anlamıyla borç, birden fazla kişi arasında birini diğerine yahut her ikisini birbirlerine karşı bir edimde bulunmakla yükümlü kılan hukukî bağıdır. Sadece bir tarafın edimde bulunmakla yükümlü olduğu borç ilişkisine tek taraflı, her iki tarafın yükümlü olduğu borç ilişkisine ise iki taraflı borç denir. Mecelle'nin 262. maddesinde sözü edilen borç terimi bu anlamda kullanılmıştır.³⁰

Borç (karz) akdinden kaynaklanan borcun vadesinde alacaklıya ödenmesi borcun birinci; haksız biçimde telef edilen malın değerinin mal sahibine ödenmesi borcun ikinci; satım akdinde satıcının akdin konusunu oluşturan malı müşteriye, müşterinin de akit bedelini (semen) satıcıya ödeme borcu ise, borç kavramının üçüncü kullanımına örnek gösterilebilir.

²⁸ Madde 252: “Bâyi’, kable’l-kabz semen-i mebî’de tasarruf edebilir.” Meselâ, bir kimse satmış olduğu malın akçesini, borcuna havâle edebilir.

Madde 32: “Hâcet, umumî olsun, hususî olsun, zaruret menzilesine tenzil olunur.” Bey’ bi’l-vefânın tecvizi bu kabildendir ki, Buhara ahalisinde borç tekessür ettikde görülen ihtiyaç üzerine, bu muâmele mer’iyyül icra olmuştur.

29 Madde: 657 “Bir kimse, birine “benim falan kimseye olan borcuma kefil ol” deyip ve o dahi kefil olup da kefâlet hasebiyle borcu edâ ettikten sonra, asîl rücû’ edecek oldukda, kefil olduğu şeyle rücû’ eder; müeddâya itibar olunmaz. Amma, borcun bir mikdarı üzerine, dâyin ile musalaha ettiği takdirde, verdiği bedel-i sulh ile rücû’ eder, yoksa mecmû-ı deyn ile rücû’ edemez.”

30 Madde 262: “Bey’de kabz şart değildir. Fakat ba’de’l-akd ol müşteri, semeni bâyi’a ve sâniyen bâyi’ mebî’i, müşteriye vermeye borçlu olur.”

1.2. Borcun Unsurları

Bir borç ilişkisinden söz edebilmek için bulunması zorunlu hususlar, borcun unsurlarını oluşturur. Bunlardan birisi olmadan, borçtan söz etmek mümkün değildir.

Bu anlamda borcun unsurları: **Taraflar, borcun konusu (edim) ve borcun sebebi** olmak üzere üçtür. Söz gelimi mala karşı işlenen haksız fiilden kaynaklanan tazmin borcunda borcun unsurları, zarar veren borçlu ile zarar gören alacaklı (taraflar), malın değerinin tazmini (borcun konusu) ve haksız fiildir (borcu doğuran sebep).

1.2.1. Taraflar

Borç ilişkisinin tarafları, bir edimi yerine getirmekle mükellef olan borçlu ile kendisine karşı edimde bulunulacak olan alacaklıdır. Borçlu ve alacaklı gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir. Aynı şekilde borçlu ve alacaklıdan her birisinin hem tek hem de ortak borç ve alacaklarda olduğu gibi birden fazla şahıs olması da mümkündür. Açıktan mükâfat vaadinde (cuâle/Yapılacak bir iş karşılığında ücret taahhüt etme, mükâfat vaad etme, vaad edilen ücret ve mükâfat) borcun edasına hak kazanıldığı sırada, diğer borçlarda ise, borcun oluşumu anında, tarafların mevcut ve belirlenmiş olması gerekir.

1.2.2. Borcun Konusu (Edim)

Bir borç ilişkisinde yerine getirilmesi gereken fiil (edim) borcun konusunu oluşturur. Bu edim, borç ilişkisinin mahiyetine ve borcu doğuran sebebe göre olumlu ve olumsuz şekillerde kendisini gösterir. Borcun konusunun olumlu olduğu durumlarda edim, ya para veya misli eşya borcudur (deyn edimi), ya belirli bir malın teslimi borcudur (ayn edimi) yahut da bir işin yapılması yükümlülüğüdür (iş edimi). Satım sözleşmesinde müşterinin parayı (semen) satıcıya ödeme borcu deyn edimine, satıcının akit konusu malı müşteriye teslim etmesi ayn edimine, fosseptik çukuru kazmak üzere kendisiyle anlaşılan işçinin işverene karşı sorumluluğu iş edimine örnektir.

Borcun konusunun belli bir şeyi yapmaktan kaçınma şeklinde olması da mümkündür ki, bu durumda borcun konusu olumsuzdur. Emanet (vedfa) ve rehin akitlerinde emanetçi ve rehin alanın, akde konu malı gereği gibi muhafaza dışında sözlü veya fiilî bir tasarrufta bulunmama yükümlülüğü, olumsuz mahiyette bir edim olarak değerlendirilebilir.

1.3. Borcun Sebebi (Borcun Kaynakları)

Borcun sebebi ise borcu doğuran hadiseden ibarettir ki hukukçular bu anlamdaki sebebe borcun kaynağı demişlerdir.

Fıkıh ilminin oluşumu ve literatürün şekillenmesinde izlenen yöntem gereği borçlar hukuku özel borç ilişkileri şeklinde ele alındığından, genel bir borç teorisi oluşturma yoluna gidilmemiş, bunun tabii sonucu olarak, borç kaynakları konusunda yerleşik bir teori ve tasnif ortaya konulmamıştır. Modern hukuklarda ise borç kaynakları, iki farklı şekilde ele alınmıştır. Bunlardan, diğerine nispetle daha meseleci bir görünüm arz eden ilk yaklaşıma göre, borç doğuran sebepler akit, tek taraflı hukukî işlem, haksız fiil, haksız iktisap (sebepsiz zenginleşme) ve kanun olmak üzere beştir. Türk pozitif hukukunda borcun kaynakları bu şekilde sınıflandırılmıştır.

Borç ilişkisi, diğer tasnife göre ise, oluşumunda iradenin etkili olup olmaması ölçütüne göre ya *hukukî fiil*den ya da hukukî olaydan kaynaklanır. Borç ilişkisinin oluşmasında taraflardan birinin iradesinin yeterli olduğu durumlar (tek taraflı hukukî işlem) ile karşılıklı ve birbirine uygun iki iradeyi gerektiren haller (akit) hukukî fiil kapsamına girer. Borcun oluşmasında insan iradesinin belirleyici olmadığı, salt sonucun borç ilişkisinin doğması için yeterli görüldüğü haksız ve sebepsiz zenginleşme ise, hukukî olay çerçevesinde ele alınır. Bu yaklaşım, klasik fıkıh doktrinde borç doğuran tasarrufları, sözlü ve fiilî olarak ikiye ayıran değerlendirme ile paralellik gösterir.

Yukarıda belirtilenlerin dışında bir de belli düzeydeki akrabalara karşı ödenmesi gereken nafaka borcu gibi borçlar vardır ki, bunlar doğrudan ilgili kanun hükmünden kaynaklanır. Şu hâlde borç doğuran sebepler, *hukukî fiil*, *hukukî olay* ve *kanun olmak* üzere üçtür.

1.3.1. Hukukî Fiil

Hukukî fiil ya da işleminden kaynaklanan borçlarda, borç ilişkisinin doğması için bazen tek taraflı irade beyanı yeterli görülürken, bazen buna, karşı tarafın iradesinin de eşlik etmesi gerekir. İlkinde tek taraflı hukukî işleminden, ikincisinde ise iki taraflı hukukî işleminden, yani akitten söz edilmektedir.

1.3.1.1. Tek Taraflı Hukukî İşlem

İslâm hukukçularının çoğunluğu, tek taraflı hukukî işlemi borç doğuran genel bir sebep olarak görmezken, mâlikî hukukçular bunu borç kaynağı olarak değerlendirirler. Buna göre birisine bir şey vermeyi veya yapmayı taahhüt eden kişi, ölüm ve iflas dışında, taahhüdünün gereğini yerine getirmekle yükümlüdür. Aynı şekilde cuâle diye isimlendirilen ve belli bir işin veya hizmetin görülmesi halinde alenî olarak muayyen bir ödeme taahhüdünde bulunan şahsın bu taahhüdü de kendisi için bağlayıcıdır.

Cuâlenin bağlayıcı olduğu hususunda fakihler ittifak halindedirler. Görüş farklılığı, cuâlenin şartları ve bundan doğan borcun kaynağının ne olduğu hususunda ortaya çıkmaktadır. Mâlikîler, mükâfat vaadinden haberdar olsun ya da olmasın, işi gören herkesin vaat edilen mükâfata hak kazandığı görüşündedirler. Dolayısıyla vaadden haberdar olunmaksızın işin görülmesi durumunda alenî olarak mükâfat vaadinde bulunan şahsı vaat ettiği şeyi ödeme borçlusu yapan sebep, tek taraflı irade açıklamasıdır.

Kaçak kölesini veya hayvanını yakalayana ödül vaad eden kimse, işin görülmesi durumunda vaad edileni ödemek zorundadır. Cuâlede ödül üzerine kaçak köleyi veya hayvanı yakalayanın zımnî kabulünden, dolayısıyla zımnî bir akidden bahsedilebilirse de vaad edilen işi yapanın bu vaadden haberdar olmadığı durumlarda borcun kaynağı tek taraflı iradeden ibarettir. Aynı örnekte Hanefiler vaad edilen mükâfatın değil nasla sabit olmuş bedelin (40 dirhem) ödenmesi gerektiğini kabul ederler ki bu durumda borcun kaynağı tek taraflı irade olmaktan çıkmaktadır.

Şâfiî ve Hanbelî hukukçulara göre ise, mükâfata hak kazanabilmek için işin yapılmasından önce vaadden haberdar olmak zorunludur. Bu da zımnî bir kabulün varlığını gösterir; dolayısıyla borcun kaynağı akittir.

Öte yandan bazı hukuk sistemlerinde iki taraflı irade beyanı ile gerçekleşen ve borç doğuran bir grup hukukî işlem vardır ki bunlar İslâm hukukunda tek taraflı irade beyanı ile gerçekleşmektedir. Bu tip işlemler için kefalet, vakıf ve vasiyet örnek olarak gösterilebilir. Hanefiler'in dışındaki mezheplere göre kefilin tek taraflı irade beyanı kefaletin teşekkülü için yeterlidir; kefil olduğunu belirttiği andan itibaren borcu garanti etmiş olur. Bunun için alacaklıların kabulüne ihtiyaç yoktur. Ebû Yûsuf'un bir görüşü bu yöndedir ve Mecelle'de de bu görüş kabul edilmiştir (md. 621)³¹. Vakıf da vakfedenin tek taraflı irade beyanıyla kurulur. Hanefiler'de vakıftan faydalanacak kimselerin bunu kabul edip etmemesi vakfın kuruluşuna tesir etmez; bunlar ister muayyen ister fakirler ve miskinler gibi gayri muayyen olsun sonuç değişmez. Gayri muayyen kişilere olan vasiyette de vasiyeti yapanın tek taraflı irade beyanı vasiyetin teşekkülü için yeterlidir. Hatta muayyen bir kimseye vasiyet yapılması durumunda lehine vasiyet yapılan kimsenin kabul veya red yönünde bir irade beyanında bulunmadan ölmesi halinde vasiyet edilen mal doğrudan o kimsenin terekesine girer. Mirasçılarının söz konusu malı kabul ettiklerini belirtmeleri gerekmediği gibi reddetmelerinin de hukukî bir sonucu yoktur. Borç doğurmamakla birlikte tek taraflı irade beyanı ile teşekkül eden ibrâ, âriyet ve bazı hallerde hibe gibi başka hukukî işlemler de vardır. Bütün bu örnekler tek taraflı irade beyanının İslâm hukukunda oldukça geniş bir uygulama alanına sahip olduğunu ortaya koymaktadır.

1.3.1.2. Akit

Mecelle akdi, "Tarafeynin bir hususu iltizam ve taahhüt etmeleridir ki icap ve kabulün irtibatından ibarettir." (md. 103) şeklinde tarif etmektedir. Kadri Paşa'nın Mürşidü'l-hayrân'ında daha teknik olarak şu şekilde ifade edilmiştir: "Taraflardan birinden sâdır olan icabın 'mevzû'da sonucu meydana gelecek şekilde karşı tarafın kabulü ile bağlanmasıdır." (md. 262). Tariflerden anlaşıldığı üzere:

a) Hukukî sonuç doğurmak üzere belirtilen ve birbirine uygun olan her karşılıklı irade (iki irade) akittir.

b) Tek taraflı irade akit değildir. Ancak bu iki sonuç İslâm hukuk tarihinde bir gelişme çizgisi takip ederek oluşmakla birlikte ikinci sonuç hâlâ tam bir açıklığa kavuşmamıştır. Fukahanın bir kısmı, bir tasarrufa akit diyebilmek için karşılıklı rızâ ve en az iki iradenin gerekliliği üzerinde dururken çoğunluğu teşkil eden diğerleri tek taraflı irade ile tamam olan tasarrufları da akit kavramına dahil etmişlerdir. Bunlar vasiyet akdinden söz etmekte, hibe, âriyet, karz, kefalet, rehin akitlerinin yalnızca icap ile mi, yoksa icap-kabul ile mi tamam olacağını tartışmaktadırlar.

A) Akitte Hukuken Aranılan Şartlar

Bir akdin hukukî varlık kazanması, hükümlerini doğuracak şekilde geçerliliği, işlerliği ve taraflar açısından bağlayıcılık vasfına kavuşması birtakım şartların gerçekleşmesine

³¹ Madde 621: "Yalnız kefilin icabıyla kefalet mün'akid ve nâfiz olur. Fakat mekfülün leh dilerse reddedebilir. Ve mekfülün leh reddetmedikçe kefalet bâki kalır."

bağlıdır. Bu şartlardaki eksiklik, şartın mahiyetine göre farklı düzeylerde akdin hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaktadır.

Hanefiler akdin şartlarını, kuruluş (in'ikâd), geçerlik (sıhhat), işlerlik (nefâz) ve bağlayıcılık (luzüm) şartları aşamalarına göre değerlendirmişler; kuruluş şartlarından birisi eksik olanı bâtil, geçerlik şartlarında eksiklik bulunanı fâsid, işlerlik şartı noksan olanı ise mevkûf akid şeklinde isimlendirmişlerdir. İslâm hukukçularının çoğunluğu ise, akdin kuruluş ve geçerlik şartlarındaki eksikliği aynı yaptırımı tâbi tutmuşlar, bunu, eşanlamlı olmak üzere bâtil ve fâsid terimleriyle ifade etmişlerdir. Konular burada Hanefilerin yaklaşımı çerçevesinde ele alınacak ve yeri geldikçe farklılıklara işaret edilecektir.

1) Kuruluş (İn'ikâd) Şartları

Akit, bir konu üzerinde karşılıklı iki iradenin buluşması olunca, taraflar (âkideyn), irade beyanı (îcâb-kabül) ve konu (mahal, ma'küdu aleyh) akdin kuruluş şartlarını (unsurlarını, rükünlerini) meydana getirmektedir. Bunlardan birisi olmadan akdin hukukî varlık kazanması mümkün değildir. Hanefiler, diğer ikisini de zorunlu olarak gerektirmesinden hareketle, akdin kuruluş şartını irade beyanından ibaret olduğunu söylerler.

1a) Taraflar

Akit yapmak üzere irade açıklamasında bulunan gerçek ve tüzel kişiler, akdin taraflarını oluşturur. Akde konu nesnenin teslim edilmesi, teslim alınması ve teslimi talep etme gibi, hakların, temsil olunana değil, bizzat akdi gerçekleştirene ait olması sebebiyle karşılıklı borç doğuran ıvazlı akitlerde, tek kişi her iki tarafın temsilcisi olarak akit yapamaz.

Kişinin bir akde bizzat taraf olması mümkün olduğu gibi, onun adına başkasının hukukî işlem tesis etmesi de mümkündür. Bunlardan birincisi akit ehliyetine bağlıdır; ikincisi ise hukukî temsil çerçevesinde değerlendirilir.

Akit ehliyeti

Akit ehliyeti kişinin, başkasının izin ya da onayına bağlı olmaksızın bizzat kendisinin akit yapabilme yetkinliğini ifade eder. Bu ise, sözlerinin sonuçlarını hesap edebilecek, sorumluluğunu üstlenebilecek aklî olgunluğa ve asgari tecrübeye sahip olmayı gerektirir. Dolayısıyla akit ehliyeti için hukukî kişilik yeterli değildir; ayrıca kişinin sahip olunan hakları bizzat kullanabilme, iradesiyle yükümlülük altına girebilme yetkinliğinin (edâ; fiil ehliyeti) de olması gerekir.

Tam ehliyetsizler (gayr-i mümeyyiz çocuk ve deli gibi) ile irade açıklamalarına hüküm bağlanabilmesi velînin/vasînin izin ya da onayına bağlı olanların (mümeyyiz çocuk, ma'tüh ve sefih gibi) akit ehliyeti yoktur. Bu noktada Şâfiîler, ergen (bâliğ) olmayanların, velî izni bulunsa bile hukukî işlem tesis edemeyeceklerini söyler. Aralarında bazı farklılıklar bulunmakla birlikte cumhur, temyiz kudretine sahip olanların velînin izin veya onayı ile hem kâr hem de zarara ihtimali bulunan akitleri gerçekleştirebilecekleri kanaatindedir.

Akli dengesi yerinde, ergenlik çağına gelmiş, malında dinin ve aklın gereklerine uygun hareket edebilen kişiler (reşîd), tam akit ehliyetine sahiptirler. Tam akit ehliyeti için âkil-bâliğ olmak yeterli değildir; reşîd olmak da gerekir, Akit ehliyetinin temel unsurunu

oluşturan rüşd, aklî ve fikri olgunluğu, diğer bir ifadeyle mâlî konularda normal seviyede tedbirli ve basiretli davranma melekesini ifade eder.

Hukukî temsil

Hukukî temsil (niyâbet), tasarruf konusunda bir şahsın başka birisinin yerini alması demektir. Hukukî temsilin ihtiyârî olanına **vekâlet**, icbârî olanına ise **velâyet** denir. Vekâlet, kişinin dinen ve hukuken ehil olduğu ve niyâbet kabul eden hususlarda kendi adına hareket etmek üzere ehliyet sahibi birisini yetkilendirmesidir. Velâyet ise, tam ehliyetten yoksun bulunanların, şahıs ve mal varlıklarıyla ilgili hususlarda tam ehliyetli bir kişinin yetkilendirilmesi demektir. Yetkilendirme mâlî konularla sınırlı tutulmuşsa buna **vesâyet**, yetkilendirilen kişiye ise vasî denir.

Vekâlet, konusu bakımından genel-özel; geçerlik süresi ve bağlı kalınması gereken şartlar açısından ise mutlak-mukayyed kısımlarına ayrılır.

Bu çerçevede kurulan akdin hükümleri müvekkil adına gerçekleşmiş olur; vekilin hiçbir sorumluluğu yoktur. Ancak belirlenen çerçevenin dışına çıkılarak tesis edilen akdin hukukî sonuçları, müvekkile değil, vekilin bizzat kendisine nispet edilir.

Niyâbetin velâyet-vesâyet şeklinde gerçekleştiği durumlarda velî-vasî, her türlü tasarrufunda velâyeti/vesâyeti altında bulunan kişinin maslahatını gözetmek zorundadır. Velînin/vasînin bu doğrultuda gerçekleştirdiği akitlerden doğan hak ve sorumluluk, velâyet/vesâyet altında bulunan şahsa aittir.

Bir şahsın hukukî temsilcisi (vekîl, velî-vasî, kayyim) olmadığı halde onun adına hukukî işlemde bulunma durumu da söz konusu olabilir ki buna yetkisiz temsil, bu şekilde hareket eden şahsa ise fuzûlî denir (Mecelle, md. 112). Fuzûlînin yaptığı hukukî işlemlerin geçerliliği, aralarında İmam Ebu Hanîfe ve İmam Mâlik göre, adına işlem yapılan kişi ya da temsilcisinin onayına (icâzet) bağlıdır (mevkûf). Onayla birlikte, işlem gerçekleştirildiği andan itibaren yetkili şahıs tarafından yapılmış gibi işlerlik kazanır (Mecelle, md. 1453). İmam eş-Şâfiî, Ahmed b. Hanbel, Dâvud ez-Zâhirî, Ebu Sevr gibi müctehidlere göre ise, başkası adına akid yapmaya yetkili olmadığından, fuzûlînin hukukî işlemleri geçersizdir.

1b) İrade Beyanı

İrade beyanı, bir hukukî işlemi gerçekleştirmeye ilişkin iradenin dışa yansımaları ifade eder. Rızanın, açıklama olmadan bilinmesi mümkün değildir. İşte bu noktada şahsın normal şartlarda ve serbestçe dışa yansıyan irade açıklamasının, objektif bir ölçü olmak üzere içteki rızayı yansıttığı düşünülür ve hukukî işlemler bu açıklanan iradeye bina edilir.

Her akit, bir tarafın akit teklifinde bulunması (icâb), diğer tarafın da bu teklife olumlu karşılık vermesi (kabûl), böylece iki iradenin bir noktada buluşmasıyla kurulur. Rızanın dışa vurumu söz, yazı, işaret, teâtî (almaverme) ve sükut biçiminde olabilir.

Sözlü veya yazılı irade açıklamasında bulunmadan, âdeten satılmak üzere konulmuş bir şeyi alıp, bedelini bırakma şeklindeki alma-verme eyleminin (teâtî) icâb-kabul yerine geçmesi ve böylece akit kurulması, Şâfiîler dışındaki İslâm hukukçularına göre mümkündür. Şâfiîler'e göre ise teâtî sadece basit gündelik alış-verişlerde geçerlidir.

Kural olarak susana söz isnat edilemez ve bu hal, irade beyanı olarak değerlendirilemez. Mecelle'deki (md. 67) ifadeyle, "Sâkite bir söz isnat olunmaz. Lâkin ma'rız-ı hâcette sükût beyândır". Rızayı ifadenin aslî ve yaygın şekli olan söz/lafız hususunda temel ölçüt, kişilerin hukukî işlemin kuruluşu sırasında bu işleme rızalarının bulunduğu gösteren bir ifade kullanmalarıdır. Bu ölçütten hareket edildiğinde, sözlük anlamı ya da örfî kullanımı itibariyle akde rızaya delâlet eden her kelime ve zaman kipi ile irade beyanında bulunmak mümkündür. Söz/lafız ile ilgili bu bilgiler, güvenilirliği hususunda şüphe bulunmayan yazı/mektup ve hangi anlamda kullanıldığı bilinen işaretler hakkında da aynen geçerlidir (Mecelle, md. 69, 70, 173, 174).

Tek başına îcâbın, mâlikîler dışındaki fakîhlere göre îcâbda bulunan (mücib) açısından bağlayıcılığı yoktur. Akit teklifinde bulunan kişi, karşı tarafın kabulünden önce îcâbından vazgeçebilir, îcâbını değiştirebilir ki buna vazgeçme muhayyerliği (hıyâru'r-rucü) denir. Aynı şekilde îcâbın yöneldiği kişi de, bu teklifi kabul edip etmemekte serbesttir, buna da kabûl muhayyerliği (hıyâru 'l-kabûl) denir.

Birbirine uygun iki irade açıklamasının bir noktada buluşmasıyla akit kurulmuş olur. Akdin gerçekleştirildiği mekânı (meclis) terk etmedikleri sürece taraflardan her birinin, tek taraflı olarak akdi feshetme yetkisinin (meclis muhayyerliği/hıyâru'l-meclis) bulunup bulunmadığı hususunda fıkıh bilginleri farklı ictihadları benimsemişlerdir. Hz. Peygamber (sav)'in, "Satıcı ve müşteri birbirinden ayrılmadıkça muhayyerdirler" (el-Buhârî, Buyü' 42-44) şeklindeki açıklamasını, akdin olumlu veya olumsuz bir sonuca bağlanması şeklinde anlayan hanefî ve mâlikî hukukçulara göre meclis muhayyerliği yoktur. Ayrılmadan kastın, tarafların maddî birlikteliğinin sona ermesi olduğu anlayışına sahip olan şâfiî ve hanbelî hukukçulara göre ise, taraflar akdin gerçekleştirildiği mekânı terk etmedikleri sürece, akdi devam ettirme ya da sonlandırma konusunda seçim hakkına sahiptirler. Fakîhlerin cumhûruna göre îcâb ve kabûl ile akit tamamlanır ve hükümleri işlemeye başlar. Ancak hibe, âriyet, vedâ, karz ve rehin gibi akitlerde, akdin tamamlanabilmesi için îcâb ve kabûl yeterli değildir; akit konusu şeyin teslim edilmesi de gerekir. Bu tür akitlere aynî akitler denir.

1c) Akdin Konusu

Akdi hükümlerinin kendisinde ortaya çıkıp gerçekleştiği şey, akdin konusunu oluşturur ve akit türlerine göre farklılık gösterir. Alım-satım, rehin gibi muâvazât (iki tarafa karşılıklı borç yükleyen) akitlerinde akdin konusu ayn/eşya; kira, âriyet (ödünç) gibi akitlerde menfaat; ziraat/tarım ortaklığı (muzâraa) ve hizmet akitlerinde ise, emek/iştir.

Bir şeyin akde konu olabilmesi için; dinen ve hukuken yararlanılabilir (mutekavvim), akdin yapıldığı sırada mevcut, belirlenmiş olması gerekir. Dolayısıyla içki ve domuz mutekavvim olmadığından, hayvanın karnındaki yavru akit esnasında mevcut olmadığı için, sürü içindeki bir koyun belirlenmemiş olduğundan akde konu olamaz.

2) Geçerlik (Sihhat) Şartları

Karşılıklı rıza üzerine kurulu bir akitte, tarafların hak ve sorumluluklarının açık bir şekilde belirlenmesi, rızayı zedeleyecek ve anlaşmazlığa yol açacak bilinmezlik ve

belirsizliklerin bulunmaması, taraflardan birisi zarara uğrarken diğersinin haksız kazanç elde etmesine zemin hazırlanmaması mutlaka göz önünde bulundurulması ve azamî dikkat edilmesi gereken hususlardır. Bu çerçevede akdin başlıca sıhhat şartları; akdin ikrah, cehâlet, ğarar ve fâsid şart içermemesidir.

2a) İkrah

İkrah, kişiyi cebir ve tehdit kullanarak normalde rıza göstermeyeceği bir sözü söylemeye veya davranışta bulunmaya zorlamak anlamına gelmekte ve kişinin iradesini sakatlamaktadır. İkrahta ortaya konan irade, gerçek irade değildir. Sözlü tasarruflarda sıhhat ve nefaz bakımından rızanın gerçekten bulunması şarttır. İkrah hem tek taraflı hem de iki taraflı sözleşmelerde tasarrufun bağlayıcılığına ve yürürlüğüne etki etmektedir. Bu etki, fukahanın cumhuruına göre akdi bâtil yapar. Hanefilere göre fasit kılar. İmam Züfer'e ve bazı Malikilere göre akit mevkuf olur. Akdin ikrah sebebiyle batıl olmayacağı görüşü, ikrahın sözleşmenin oluşumunda bir etkisinin bulunmadığına dayanır. Çünkü ikraha maruz kalan tarafın, ikrah ortadan kalkınca işlemde kendisi açısından yarar görürse geçerli kılabilmesi ya da zarar görüyorsa iptal edebilmesi yeterlidir.

2b) Cehâlet (Bilinmezlik)

Cehâlet, konu veya bedel bakımından akdin bilinmezlik içermesi demektir: Değişik marka ve kalitede ürünlerin sergilendiği bir elektronik mağazasından, herhangi bir belirleme olmaksızın bilgisayar satma, vadeli satışlarda ödeme zamanını tayin etmeme gibi.

Bilinmezlik, akitle kazanılan haklar ve yüklenilen sorumluluklar açısından taraflar arasında çekişmeye yol açar ve böylece rızayı zedeler. Akdin geçerlik şartı kabul edilmesi de bu sebeptedir. Fakat her türlü bilinmezlik akdin sıhhatini olumsuz etkilemez. Akdi ifsâd eden cehâlet, taraflar arasında anlaşmazlığa/çekişmeye yol açması kuvvetle muhtemel olan bilinmezliktir (el-cehâletu'l-fâhişe). Bu ölçüdeki bilinmezlik içeren akit, hanefilere göre fâsid, cumhura göre ise bâtildir/fâsiddir.

2c) Belirsizlik (Ğarar)

Akdin, haksız kazanca yol açacak ölçüde belirsizlik taşımasına ğarar denir. Ğarar ve cehâlet zaman zaman birbirinin yerine kullanılmışsa da, ğararın, akdin konusuyla ilgili belirsizliği; cehâletin ise bilinmezliği ifade eden bir terim olarak kullanımı yaygınlık kazanmıştır.

Hz. Peygamber (sav) ğarar satışını yasaklamıştır. Hadîste bey'u'l-ğarar şeklinde ifade edilen bu yasak, fıkıh bilginleri tarafından hem ğarar özelliği taşıyan şeylerin satımı, hem de ğarar özelliğinin hâkim olduğu satımlar şeklinde anlaşılmıştır. Ağa takılan balıkların satışı birincisine, ok atıp okun üzerine düştüğü şeyi satma (munâbeze satışı) ikincisine örnektir. Ğarar yasağı, tarafların, akdin makul sonucu olmayan yükümlülüklerinden, beklenmedik risk ve zararlardan korunmasını ve böylece rızalarının zedelenmemesini amaçlar.

2d) Fâsid Şart ve Faiz Yasağı

Tek taraflı yarar sağlayan, bedellerin belirsizliği sebebiyle çekişmeye yol açan, dinin ve hukuk düzenininin yasakladığı bir şeyi içeren, akdin muhtevasına ve yapısal amaçlarına,

yerleşik uygulamalara aykırı olan şartlar fâsid şartlardır. Fâsid şartlar, tarafların gelecekte mağdur olmalarını önleme, böylece onların hak ve hukukunu koruma amacı güder.

Akdi fâsid kılan şartların başında faiz (ribâ) gelmektedir. Birçok ayet ve hadisin açık ve kesin beyanlarıyla faiz, bütün türleriyle dinen haram, hukuken akdi ifsat edicidir.

Hanefilere göre fâsid şartlar, telafi edilebilir niteliktedir. Hal böyle olunca fâsid şart içeren bir akdi hemen hükümsüz (bâtıl) kabul etmek yerine, taraflara fesat sebebini ortadan kaldırma ya da düzeltme fırsatı tanımak daha yerinde bir tutumdur. Taraflar akdi ifsat edici şartı kaldırmaz veya düzeltmezlerse, ilgili yargı organı tarafından akit feshedilir.

3) Yürürlük/İşlerlik (Nefâz) Şartları

Nefâz sözlükte; geçmek, gitmek ve caiz olmak demektir. Bir fıkıh terimi olarak bir akdin başkasının icazetine veya iznine bağlı olmaksızın yürürlük kazanmasını ifade eder. Akdin yürürlük kazanması için iki şartın bulunması gerekir. Bunlar da mülk veya velâyet ile akit konusu olan şeyde başkasına ait bir hakkın bulunmamasıdır.

3a) Mülk veya Velâyet:

Kişinin, şer'î bir engel bulunmadığı zaman tek başına tasarrufta bulunmak üzere malik sıfatıyla sahip olduğu şeye “mülk” denir. Akıl hastası, bunak veya eksik ehliyetli kimseler kendilerine ait mülkler üzerinde tasarruf ve yararlanma hakkına sahiptirler. Fakat şer'î bir engel yüzünden bu tasarruf yetkisini onlar adına kayyım veya vasileri kullanır. Buradaki şer'î engel onların velâyet altında bulunmalarınıdır.

Velâyet; kendisi aracılığı ile akdin gerçekleşip yürürlük kazandığı şer'î yetkiyi ifade eder. Bir kimsenin işini başkasının üstlenmesi ya vekâlet yoluyla ya da velâyet yoluyla olur. Vekil kişinin kendisi tarafından belirlenirken, veliler İslâm tarafından belirlenmiştir. Eksik ehliyetliler için mâlî konularda veliler; baba, dede, hâkim ile babanın veya dedenin yahut hâkimin tayin edeceği vasîdir.

Satılan malın satıcının mülkü olması gerekir. Bu yüzden başkasına ait mülkü yetkisiz olarak satan kimsenin (fuzûlî) bu satışı yürürlük kazanamaz. Çünkü satım akdi mülk veya velâyet yetkisine dayanmamıştır.

3b) Satılan malda başkasına ait bir hakkın bulunmaması:

Satılan şeyde başkasına ait bir hak bulunursa böyle bir satım akdi, hak sahibinin icazetine bağlı (mevkûf) olarak meydana gelir. Hak sahibi izin verirse satış yürürlük kazanır, izin vermezse, satış ortadan kalkar. Böyle bir akde “mevkûf satım akdi” denir. İpotekli olan veya içinde kiracı bulunan mülkün satılması bu niteliktedir. Çünkü böyle bir satış, alacaklının veya kiracının haklarını ihlâl eder, bu ise caiz olmaz. Bazı fakihler bu çeşit satışı fasit sayarken, bazıları icazete bağlı akit (mevkûf) kabul etmiştir.

4) Bağlayıcılık (Lüzum) Şartları

Satışın bağlayıcı olmasının şartları; meydana gelme, sıhhat ve yürürlük (nefâz) şartlarından sonra gelir. Bir satım akdinin bağlayıcı olması için akdi yapanlara feshetme imkânı veren muhayyerliklerden hiç birisinin bulunmaması gerekir. Satıcı veya alıcıya satışı feshetme imkânı veren muhayyerliklere; şart, görme, ayıp (kusur), yalan veya hile ile

birleşen aldanma muhayyerliğini örnek olarak verebiliriz. Bu muhayyerlik haklarından birisine sahip olan satıcı veya alıcı için satım akdi bağlayıcı olmaz. Bu kimse satışı feshetme veya kabul etme arasında seçimlik hakka sahiptir. Meselâ; bir malı görmeden satın alan kimse için “görme muhayyerliği hakkı” söz konusu olur. Malı görünce beğenmez veya daha önce konuşulan niteliklere uymadığını anlarsa, satışı bozabilir veya malı beğenerek satım akdini kesinleştirebilir. Bu duruma göre satım akdinde meydana gelme (in’ıkad) şartlarından birisi bulunmazsa satış bâtil; sıhhat şartlarından birisi olmazsa fâsit, yürürlük (nefâz) şartlarından birisi bulunmazsa akit mevkuûf (yürürlüğü durdurulmuş) olur. Bağlayıcılık (lüzum) şartı bulunmayan bir satışı ise, muhayyerlik hakkına sahip olan kimse feshedebilir.

Akitlerde Muhayyerlikler

Hayr kökünden türetilen muhayyerlik, iki şeyden daha iyi olanı seçmek anlamına gelir.

Fıkıh terimi olarak muhayyerlik, karşılıklı anlaşma veya şerî bir gerekçeye dayanarak, taraflardan birinin veya her ikisinin akdi onaylama yahut feshetme seçeneklerinden birini tercih hakkına sahip olmasıdır.

Muhayyerlik,

- İradenin olabildiğince sağlıklı gerçekleşmesini sağlamak,
- Taraflardan biri veya her ikisinin zarar görme riskini ortadan kaldırmak veya azaltmak için meşru kılınmıştır.

Muhayyerliklerin Hukuki İşlemlere Etkisi

- Yapısı bakımından tarafları bağlayıcı olan akitler, muhayyerlik hakkı kullanılarak feshedilebilir.
- Fesih geriye dönük olarak etkili olur ve akit sanki hiç kurulmamış kabul edilir.
- Feshedilmeden önce taraflardan birinin veya her ikisinin muhayyerlik hakkı bulunan akitler mevkuftur.
- Muhayyer olan taraf onaylarsa akit nafize dönüşür ve işlerlik kazanır.

1) Şart Muhayyerliği

Akdin taraflarından biri veya üçüncü bir şahıs lehine şart koşulmasına dayalı olarak doğan akdi onaylama veya feshetme hakkıdır.

Şarta dayalı olarak doğduğu için ona bu isim verilmiştir.

Örnek: “Bu kitabı sana 3 gün içerisinde akdi yürürlüğe koyma veya feshetme hakkım olmak şartıyla 10 TL ye sattım” demek gibi. Alıcı da bu teklifi kabul ederse satıcı lehinde bir şart muhayyerliği doğmuş olur.

Şart muhayyerliği akit meclisinde konusunu kabzetmenin (teslim almanın) şart olmadığı (ıvazlı), feshe elverişli ve bağlayıcı nitelikteki hukuki işlemlerde söz konusu olur.

Şart muhayyerliğinin geçerli olduğu akitler:

Alım-satım, icâre, sulh, musâkat, havale, kefalet ve benzeri akitlerdir.

Şart muhayyerliğinin geçerli olmadığı akitler:

Evlenme, boşama, boşamadan dönme (ric'at) gibi feshedilmeye elverişli olmayan akitler şart muhayyerliğini kabul etmezler.

Sahih olması için akit meclisinde konunun kabzedilmesi şart olan *sarf* ve *selem* akitlerinde de şart muhayyerliği ileri sürülemez.

Şart Muhayyerliğinin Sona Ermesi:

- ✓ Muhayyer olan tarafın, süresi içinde açıkça akdi onaylaması veya feshetmesi
- ✓ Sürenin dolması
- ✓ Akit konusu malın kaybolması veya ayıplı hale gelmesi
- ✓ Muhayyerlik hakkı olanın ölmesi (Akit bağlayıcı olur)

2) Görme Muhayyerliği

Görme muhayyerliği, müşterinin görmeden satın aldığı bir malı gördüğü zaman akdi onaylama veya feshetme hakkına sahip olmasıdır.

Şartları:

❑ Görme muhayyerliği ıvazlı, feshe elverişli ve bağlayıcı nitelikteki akitler için söz konusudur. Akdi yapan kişinin akit konusunu akdin yapılışı sırasında veya akit yapılmadan önce görmemiş olması gerekir.

❑ Muhayyerlik hakkı akit konusu görüldüğü zaman sabit olur. Görmeden önce muhayyerlik hakkı yoktur. Görmeden kasıt, sadece gözle görmek değil akit konusu hakkında uygun şekilde bilgi sahibi olmaktır.

❑ Akdin konusu somut bir mal olmalıdır. Selemde olduğu gibi konu, vasıfları belirtilerek zimmette sabit bir alacak olursa görme muhayyerliği yoktur.

3) Ayıp Muhayyerliği

Akdi taraflardan birinin bedellerden birinde bir kusur (ayıp) bulunduğunu fark etmesi üzerine bu gerekçeye dayanarak akdi feshetme veya onaylama hakkıdır.

Örnek: Giysi satın alan bir kişi daha sonra o elbisede bir ayıp olduğunu görse bu ayıptan dolayı satım akdini feshedip satıcıya elbiseyi geri verebilir.

Ayıp muhayyerliğinin şartları

➤ Ayıp ticari örf'e göre o malın satış bedelinde eksikliği gerektirecek ölçüde bir ayıp olmalıdır.

➤ Ayıp akdin yapılışından veya malın müşteriye teslim edilişinden önce meydana gelmiş olmalıdır.

➤ Akid esnasında ayıbın bilinmemesi veya akitten sonra bu ayıba razı olunmaması gerekir.

➤ Mülkiyeti devreden taraf (satıcı) ayıptan sorumlu tutulmamayı (berî olmayı) şart koşmuş olmamalıdır.

Ayıplı Malı İadeye Engel Olan Sebepler:

- a. Haberdar olduktan sonra ayıba razı olma.
- b. Muhayyerlik hakkının açıkça veya dolaylı olarak düşürülmesi.
- c. Akid konusunun helâk olması

d. Mülkiyeti devralan tarafın elindeyken akit konusunda yeni bir ayıbın meydana gelmesi.

e. Akid konusunda artış veya eksilme olması.

f. Mülkiyeti devralan tarafın ayıbın farkında olmaksızın, satma, hibe edip teslim etme gibi akit konusunun mülkiyetinden çıkmasını gerektiren bir tasarrufta bulunması.

4) Diğer Muhayyerlikler

Tek başına îcâbın, mâlikîler dışındaki fakîhlere göre îcâbda bulunan (mücib) açısından bağlayıcılığı yoktur. Akit teklifinde bulunan kişi, karşı tarafın kabulünden önce îcâbından vazgeçebilir, îcâbını değiştirebilir ki buna vazgeçme muhayyerliği (hıyâru'r-rucü) denir.

Aynı şekilde îcâbın yöneldiği kişi de bu teklifi kabul edip etmemekte serbesttir, buna da kabül muhayyerliği (hıyâru 'l-kabül) denir. Akdin gerçekleştirildiği mekânı (meclis) terk etmedikleri sürece taraflardan her birinin, tek taraflı olarak akdi feshetme yetkisi (meclis muhayyerliği/hıyâru'l-meclis)

B) Tarafların Koştuğu Şartlar (Akdî Şartlar)

Tarafların iradeleriyle ortaya çıkan ve bir akdin hukukî varlık kazanmasını, işleyişini ve hükümlerini belirleyen ta'lik, izâfe ve takyîd olmak üzere üç tür şarttan söz etmek mümkündür.

1) Ta'likî şartlar

Akdin hukukî varlık kazanmasının, gelecekte olması muhtemel bir şarta bağlanmasına ta'lik, bu şekilde gerçekleşen akde muallak akit denir. Ta'lik şartı, şart gerçekleşmediği sürece akdin hukukî varlık kazanmasına engeldir. Bu tür şartların, akit esnasında mevcut olmaması ve gerçekleşmesinin mümkün olması gerekir. Akdin kuruluşunun akit esnasında mevcut bir şarta bağlanması (yaşıyorsam evimi sana kiraladım gibi) halinde bu akit muallak değil, müneccez olur. “Yürüyerek bir saatte Konya'dan İstanbul'a varırsan...” gibi gerçekleşmesi mümkün olmayan şart ise, akdi bâtıl yapar. Nikâh akdi ile alım-satım, kira, hibe, tarım ortaklığı (muzâraa, musâkât), ikâle, rehin, muhâlea gibi konusunu mal veya menfaatin oluşturduğu ve mülkiyetin devrini doğuran akitlerde ta'likî şart ileri sürülemez. Kefâlet, havâle, vasiyet, vekâlet gibi akitler ise, mahiyetleri ve özellikleri gereği ta'likî şartlara elverişlidir.

2) İzâfe şartlar

Akdin işleyişinin ve hükümlerinin gelecek bir zamandan itibaren geçerli olmasını ifade eden şart izâfe; böyle gerçekleşen akit ise muzâf akit şeklinde isimlendirilir. Bu nevi şartlarda, akit meclisinde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının buluşmasıyla akdin kuruluşu tamamlanmış, sadece işleyişi ve hükümlerini doğurması gelecek bir zamana bağlanmıştır. Ta'likî şartlardan farkı da budur.

İzâfe şartı, nikâh akdi ile akdin kuruluşuyla birlikte mülkiyetin naklini doğuran ve konusunu aynın oluşturduğu akitlerde (alım-satım, hibe gibi) geçersiz; konusunu menfaatin oluşturduğu akitler (kira, âriyet gibi), tarım ortaklığı (muzâraa, musâkât gibi) ile vasiyet gibi özelliği itibariyle hükmünü gelecekte doğuran akitlerde ise geçerlidir.

3) Takyidî şartlar

Takyidî şart, akitle birlikte koşulmuş ve akdin gerektirdiği hükümleri ve sonuçları belirlemeyi/değiştirmeyi amaçlayan şartlardır. “İlk alımda memur olarak tayin edilirsın, bir ay ücretsiz olarak benim kullanımında kalması şartıyla, Ramazan ayından itibaren arabamı sana sattım” cümlesinin ilk kısmı ta’lik, ikinci kısmı takyid, üçüncü kısmı ise izâfe şartı mahiyetindedir.

Takyidî şartlar, hem akdin hukukî varlık kazanmasını hem de hükümlerini derhal doğurmasını etkilememesi yönüyle diğer iki şarttan ayrılır. Akdin hükümlerini bireylerin belirlemesini amaç edinen sınırlandırıcı şartlar konusunda iki temel görüş bulunmaktadır: Ayet ve hadislerde ismen belirlenenler dışında, bireylerin şart hürriyeti yoktur. Kur’ân ve Sünnet metinlerini anlama ve yorumlamada literal/ lafızcı yöntemi benimseyen zâhirîlerin görüşü bu şekildedir.

Akdin muhtevasını belirlemede kişilere şart hürriyeti tanınmıştır. “Ey iman edenler! Antlaşmalarınızın gereğine bağlı kalın!” (Mâide 5/1), “Müslümanlar, harâmı helâl, helâli harâm kılanlar hariç, belirledikleri şartlara uyarlar” (Buhârî, İcâre 14; Ebu Dâvud, Akdiye 12; Tirmizî, Ahkâm 17) gibi açık nasslar ile maslahat ve ihtiyaç ilkeleri bu görüşün hukukî dayanaklarını oluşturur. Zâhirîler dışındaki fukahâ, bu temel yaklaşımda ittifak halinde olmakla birlikte, takyidî şartların kapsam ve sınırlarını belirlemede farklı yaklaşımlar içerisinde olmuşlardır.

Hanefî ve Şâfiî hukukçulara göre, akdin gereğine uygun ya da bunu destekler mahiyette olan veya örf halini alınış bulunan şartlar geçerli ve bağlayıcıdır. Peşin satım akdinde parayı ödeyinceye kadar malı teslim etmeme, karz (borç) akdinde kefil isteme, eve teslim ve kurulum şartıyla beyaz eşya satın alma gibi. Bunlar dışında taraflara veya akit konusu nesneye yarar sağlayan şartlar, karşılıksız menfaat temin etmesi yönüyle faize benzemektedir ve fâsiddir.

Aralarında ufak farklılıklar bulunmakla birlikte, mâlikî ve hanbelî mezheplerine göre, nasslarla çelişmeyen, bir fayda sağlayan ve zarara yol açmayan her türlü şart muteberdir.

C) Akit Çeşitleri

Kavâid kitapları ile usul kitaplarının “hüküm” bahsinde akid ve tasarruflar, çeşitli yönlerden tasnif ve taksime tâbi tutulmuşlardır.

1) İsimli ve sınırlı olması bakımından:

a) *İsimli akitle*; satım, kira, hibe, şirket gibi akidlerin konu ve gayelerine uygun birer ismi ve kanun tarafından belirlenmiş aslî hükümleri vardır. Eğer bir hukuk sistemi yalnızca kanunlarda adları ve hükümleri zikredilmiş akidleri tanıyor, bunların dışında kalan tasarrufların hukukî sonuçlar doğurmasını kabul etmiyorsa böyle bir sistemde “akid hürriyeti”nden söz edilemez.

b) *İsimsiz akitler*; yalnızca akid, anlaşma, mukavele gibi genel adlarla anılan hukukî tasarruflardır. Bunları insanlar ihtiyaç ve gayelerine göre icat eder, hukukun genel prensipleri içinde yapar ve uygulurlar. İslâm hukuk tarihinin çeşitli devirlerinde böyle birçok yeni akid ortaya çıkmış, sonra fukaha bunlara özel isimler bulmuş, hükümlerini tesbit etmişlerdir. Eskilerde *isticrâr*, *icâreteyn*, *bey‘u‘l-vefâ* akidleri buna örnektir. Günümüzde telif hakkı sözleşmesi, taahhüt sözleşmeleri, birden fazla hizmet veren büyük otellerde kalma sözleşmesi yine isimsiz akid örnekleridir.

2) Meşruyet bakımından:

a) *Meşru akitler*, hukukî tasarrufa konu olmalarında kanunun (dinin, şeriatın) sakınca görmediği nesnelere üzerinde, usulüne uygun olarak yapılan akitlerdir.

b) *Gayri meşru akitler*, kanunun yasakladığı, cevaz vermediği akitlerdir; doğmamış hayvanı satmak, suç işlemek üzere bir insanı kiralamak gibi.

3) Sıhhat bakımından:

a) *Sahih akitler*, aslı ve vasfı, başka bir deyişle unsurları ve bunlara ait şart ve vasıfları kanuna uygun olan akitlerdir.

b) *Fasit akitler*, aslı veya vasfı kanuna uygun olmayan akitlerdir. Hanefiler bunu da ikiye ayırarak unsurlarda ve bunlara ait şartlarda eksikliği bulunan akitlere *bâtıl*, diğer vasıf ve ayrıntılarda eksikliği bulunanlara ise *fâsit* adını vermişlerdir. Domuz satışı *bâtıldır*; çünkü akdin unsurları arasında bulunan mevzuu -örneğimizde domuz İslâm’a göre ekonomik değer taşıyan ve bu sebeple akde konu olabilen bir nesne değildir. Müddet belirlenmeden yapılan bir kira akdi *fâsittir*; çünkü burada müddet önemli bir ayrıntı şartıdır, vasıftır.

4) Ayna bağıllık bakımından:

a) *Aynî akitler*; *ariyet*, *vedia*, *karz*, *hibe* ve *rehinden* ibaret olan beş nevi akit, konuları olan aynın (malın) teslimi ile tamam oldukları için bu isim altında toplanmışlardır.

b) *Aynî olmayan akitler*; malın teslimine bağlı olmayan, yalnızca icap-kabul ile tamamlanan akitlerdir.

5) Şekil bakımından:

a) *Şekli akitler*; bu akitlerde akdin muteber olabilmesi için kanun birtakım şekil şartları ve merasim getirmiştir. Evlenme akdinde *ilân*, *şahit*, *resmî makam* şartları; taşınmazlarla ilgili *mülkiyet*, *irtifak*, *rehin* gibi akidlerde *tapuya tescil şartı* bu kabildendir.

b) *Rızâî akitler*; bunlarda şekil şartları söz konusu olmayıp karşılıklı *rızâ* yeterli görülmektedir. Amme menfaatinin gerektirmediği konularda akidlerin şekil şartlarından sıyrılmış olması bir gelişmişlik âlâmetidir ve İslâm hukukunda akidler genellikle şekil şartlarına bağlı değildir.

6) Geçerlilik zamanı bakımından:

a) *Nâfiz akitler*, yapıldığı andan itibaren geçerli olur; çünkü akdin taraflarında geçerliliği engelleyen bir vasıf bulunmadığı gibi üçüncü bir hak sahibi ve onun rızâsına ihtiyaç da söz konusu değildir.

b) *Mevkuf akitler*, hak sahibinin serbest olarak irade ve rızasının alınmadığı akitlerdir; tehdit altında yapılan akitlerle üçüncü şahıs adına vekâletsiz ve izinsiz yapılan akitler böyledir.

7) Bağlayıcılık bakımından:

a) *Taraflar için bağlayıcı (lâzım)* olup karşılıklı anlaşma ile geriye dönük olarak iptali mümkün olmayan akitler. Bunun tipik örneği evlenme akdidir; bu akid çeşitli sebeplerle sona erer. Ancak hiçbir şekilde geçmiş ilişkiyi ve bunun getirdiği bazı hakları ortadan kaldırmak mümkün olamaz. Meselâ bir şahıs boşadığı veya ölen eşinin annesi ile evlenemez (evlenme mâinii devam eder).

b) Taraflar için bağlayıcı olmakla birlikte karşılıklı rıza ile *feshi mümkün olan akitler*; kira, satım, sulh gibi.

c) *Taraflardan yalnız biri için bağlayıcı olan akitler*. Rehin akdi rehin vereni, kefâlet akdi de borçluyu bağlar; karşı tarafı bağlamadığı için bunlar tek taraflı irade ile zikredilen akitleri feshedebilirler.

d) *Her iki taraf için de bağlayıcı olmayan akitler*; vekâlet, âriyet, vedîa akidleri gibi.

8) Mevzuun karşılığı bakımından:

a) *İvazlı akitler*; bunlar satım, kira gibi mevzuun karşılığı bulunan akidlerdir.

b) *İvazsız akitler*; bunlarda mevzuun karşılığı yoktur, hibe ve âriyet gibi.

c) *Başı ve sonu farklı olanlar*; borç akdinde ödeme talebine kadar ivazsız, ödeme talebinden itibaren ivazlı akit özelliği vardır.

9) Ödeme (tazmin) sorumluluğu bakımından:

a) *Ödeme sorumluluğu getiren akitler (ukudü'd-damân)*. Satım, mal karşılığında sulh, karz gibi akitlerde akid konusu malı teslim alan taraf tazmin sorumluluğunu da almıştır; mal zayi olursa teslim alanın hesabına zayi olur.

b) *Emanet akitleri (ukudü'l-emânât)*. Vedîa, âriyet, şirket, vekâlet gibi akidlerde karşı tarafa teslim edilen mal emanet hükmündedir; taksirsiz zayi olması halinde, meselâ emanet veya âriyet alan malı ödemez.

c) *Çifte vasıflı akitler*. Meselâ kira akdi böyledir; kiracı elinde mal taksirsiz zayi olursa tazmin gerekmez, ancak kira konusu olan menfaat de kiracının hesabına zayi olmuş sayılır.

10) Gayesi bakımından:

- a) Mal veya menfaat mülkiyetinin el değıştirmesi için yapılan akitler “*temlik*”
- b) Ortaklık gayesine yönelik akitler “*şirket*”
- c) Alacağı garanti altına almak için yapılan akitler “*teminat*”
- d) Fiil ve tasarrufta birinin yerini diğzerinin alması maksadıyla yapılan akitler “*temsil*”
- e) Mevzuu korumaya yönelik akitler “*muhafaza*” akitleridir.

11) Süreklilik bakımından:

- a) Satım gibi akitler yapıldığı anda ifa ile son bulur ve “*müddetsiz*”dir.
- b) Kira gibi akitler ise yapıldığı anda sona ermeyip ifası zaman aldığı için “*müddetli*”dir.

12) Bağımlılık Bakımından:

- a) Bağımsız (Müstekıl) akitler: Yapılmasında bir başka hukuki işlem gerekmeyen akitlerdir.

Örnek: Satım, kira ve vedia gibi

- b) Tâbi akitler: Varlığı bir başka hukuki işlemin varlığına bağılı olan akitleridir.

Örnek: Kefalet, rehin, havale vb.

Akdin Hükmü

Geçerli bir sözleşmenin doğurduğu hukukî sonuçlar akdin hükmünü oluşturur. Dolayısıyla her akdin hükmü, mahiyeti ve amacına göre farklılık gösterir. Söz gelimi satım akdinin hükmü, satılan malın mülkiyetinin müşteriye geçmesi, müşterinin de satış bedelini (semen) satıcıya ödeme yükümlülüğü altına girmesidir. Kira akdinin hükmü, satıcının akit konusu aynı kiracıya teslimle borçlu, kiracının ise, bir taraftan aynıın menfaatinden istifade hakkı elde etmesi diğzer yandan da kira bedelini ödemekle yükümlü olmasıdır.

Akdin Sona Ermesi

Akdin sona erme şekilleri şu şekilde özetlenebilir:

- Bütün şartları tam olarak gerçekleşen bir akdin gereklerinin taraflarca ifâ edilmesi
- Kuruluş veya geçerlik şartlarındaki eksiklik sebebiyle bâtil yahut fâsid olduğuna hükmedilen akdin, taraflarca veya ilgili yargı organınca feshedilmesi
- Bağlayıcı (lâzim) olmayan bir akdin, muhayyerlik hakkına dayalı olarak feshedilmesi
- Geçerli olarak doğmuş, fakat tam olarak ifâ edilmemiş akdin, karşılıklı anlaşmayla feshedilmesi. Bu işleme ikâle denilmektedir.
- Akdin konusunun, akdin hükmünü uygulamayı mümkün kılmayacak bir hal alması
- Bazı akitlerde taraflardan birisinin ölümü.

1.3.1.3. Hukukî Olay

Bazen borç ilişkisi, tarafların ifadelerinden bağımsız olarak, hukukun kendisine hüküm bağladığı bir olaydan kaynaklanır. Bu tür borç ilişkilerinde, borç kurucu iradenin varlığı değil, salt sonuç belirleyicidir. Hukukî olaydan kaynaklanan borçlar, haksız fiil ve haksız iktisap/sebepsiz zenginleşme olmak üzere ikidir.

1.3.1.3.1. Haksız Fiil

Haksız fiil, hukuka aykırı olarak bir kişinin şahsına veya malına zarar veren eylem demektir. Fıkıh literatüründe haksız fiiller, diğer birçok konuda olduğu gibi, bir başlık altında ve genel hükümler tarzında değil, özel hükümler şeklinde muâmelât ve ukûbât bölümlerinin çeşitli kısımlarında ele alınmıştır. Bununla birlikte bilhassa kavâid literatüründe “Zarar izâle olunur”, “Mübâşir müteammid olmasa da zâmin olur”, “Mütesebbib müteammid olmadıkça zâmin olmaz”, “Bilâ sebab-i meşru birinin malını bir kimsenin ahzylemesi câiz olmaz” (Mecelle, md. 20, 92, 93, 97) gibi haksız fiillerin tamamı için geçerli genel hükümler de tespit edilmiştir. Haksız fiiller, kaynağına ve ihlâl edilen değere göre tasnif edilebilir. Doğduğu kaynak bakımından haksız fiiller üç kısımdır:

- Bir şahsa veya mala doğrudan bir fiille zarar verme (mubâşere). Bu tür haksız fiillere doğrudan haksız fiil denir ve kusursuz sorumluluk prensibi uygulanır. Dolayısıyla haksız fiili gerçekleştiren kişinin tam ehliyetli olması ya da en azından temyiz gücüne sahip olması gerekmez; salt maddî olgudan hareketle fiil ve bunun doğurduğu tazmin sorumluluğu doğrudan fâile nispet edilir. Bu hususta teşvik, tahrik, ikrah vb. şekillerde haksız fiilin oluşumunda rolleri bulunmadığı sürece velîlerin herhangi bir sorumluluğu yoktur.

- Kusurlu davranışıyla bir zararın meydana gelmesine sebep olma (tesebbub) Dolaylı haksız fiiller denilen bu tür ihlallerde, kusur sorumluluğu kuralı geçerlidir.

- Haksız zilyedlik

Bunlardan ilk ikisi itlâf, üçüncüsü ise gasp sorumluluğu kapsamında değerlendirilir.

Haksız fiille ihlal edilen değer açısından ise, şahsa yönelik ve mala yönelik haksız fiil olmak üzere ikili bir ayırım yapılır. Şahsa yönelik haksız fiil ya cana ve vücut bütünlüğüne yöneliktir ya da namus ve şerefi haleldâr edicidir.

Can ve vücut bütünlüğüne yönelik haksız fiiller, diğer şartlarıyla birlikte kasıt unsuru da bulunuyorsa misliyle yani kısâsla cezalandırılır. Suçun unsurlarının tam olarak oluşmaması ya da mağdur veya yakınlarının kısâstan vazgeçmeleri halinde ise, ceza mı yoksa tazminat mı olduğu tartışmalı bulunan diyet ödenir. Cana ve vücut bütünlüğüne yönelik haksız fiiller, “diyet cezadır” görüşüne göre ceza hukukunun; “diyetin tazminat özelliği daha baskındır” değerlendirmesine göre ise borçlar hukukunun kapsama dahil olmaktadır.

Namus ve şerefi haleldâr eden haksız fiillerin meydana getirdiği zarar maddî olmadığından mal ile tazminden söz edilmez, uygun bir ceza verilir.

Mala yönelik haksız fiillerin tipik örneklerini gasp ve itlâf oluşturur.

Gasp, başkasına ait bir malı zorla almak demektir. Kur’ân ve Sünnet’te değişik vesilelerle ve sıklıkla vurgulanan “mal dokunulmazlığı” prensibi gereği, başkasının malım gasp eden kişi onu aynen iade veya değerini tazmin ile sorumludur.

İtlâf ise, başkasına ait bir malı hukuka aykırı olarak tahrip etmektir. İtlâf, kusursuz sorumluluk esasının uygulandığı doğrudan haksız fiil şeklinde gerçekleşebileceği gibi, kusurlu sorumluluk ilkesinin geçerli olduğu dolaylı haksız fiil biçiminde de meydana gelebilir. Bu iki duruma göre haksız fiilde bulunan kişi, itlaf ettiği değeri tazmin etmek zorundadır.

Gasp ve itlâf dışında mala yönelik haksız fiillerin sık karşılaşılan ve fıkıh doktrininde ayrıntılı biçimde değerlendirilen örneklerini hırsızlık ve eşkiyalık/yol kesme (hırâbe) oluşturur. Suç teşkil eden bu tür hukuka aykırı fiillerde hem cezaî sorumluluk hem de hukukî sorumluluk bulunur. Dolayısıyla mağdurun maddî zararı tazmin edilir.

1.3.1.3.2. Haksız İktisap/Sebepsiz Zenginleşme

Haksız iktisap, hukukî bir sebebe dayanmadan, bir şahsın malvarlığının başkası aleyhine çoğalması demektir. Haksız iktisapta önemli olan, istifadenin kusurlu olup olmaması değil, bu çoğalmanın meşru bir sebebe dayanmamasıdır. Haklı bir sebep olmaksızın bir şahsın malvarlığındaki eksilmeye mukabil, diğerinin malvarlığında artış meydana gelmişse, haksız iktisaptan söz edilir. Bu şartların gerçekleşmesi halinde malvarlığında artış meydana gelen (zenginleşen) kimse, zenginleşme oranında iade ile borçlu olur. Felsefî temelini adâlet ilkesinin oluşturduğu bu iade sorumluluğunu doğuran sebep/kaynak, haksız iktisaptır.

Kur’ân ve Sünnet’te mal dokunulmazlığı temel bir esas olarak birçok yerde vurgulanmış ve başkasının malına müdahale ve iktisadî değer transferinin mutlaka hukukî sebebe dayanması gerektiği ifade edilmiştir. “Mallarınızı aranızda haksız yollarla yemeyin” (Bakara, 2/ 188), “Hiç kimsenin haksız yere kardeşinin malından alması helâl değildir” (Müsned, V, 425), “Hiçbiriniz kardeşinin herhangi bir metaini ciddî olarak yahut şaka yoluyla almasın; Şâyet biriniz arkadaşının bir değneğini bile bu şekilde alırsa onu iade etsin” (Ebü Dâvud, Edeb 93) vb. nasslardan hareketle fıkıh bilginleri bu esası, “Bilâ sebep-i meşrû birinin malını bir kimsenin ahzylemesi câiz olmaz” (Mecelle, md. 97) şeklinde genel kurala dönüştürmüşlerdir.

Haksız İktisap Halleri

1) Borç Olmayan Şeyin Ödenmesi: Bir kimsenin borçlu olduğunu zannederek başkasına ödemedede bulunması İslâm hukukunda haksız iktisap çeşitlerinden birini oluşturur. Borç olmayan şeyin ödenmesi genelde yanılarak ödeme, meşrû olmayan, gerçekleşmemiş veya sona ermiş bir sebebe istinaden ödeme şeklinde meydana gelir. Yanılarak ödeme, ödeme yapılan şahıs açısından kural olarak haksız iktisap teşkil eder. Bu sebeple bir kimse borçlu olduğunu zannederek birine bir ödemedede bulunur ve sonradan borçlu olmadığı anlaşılırsa ödediğini geri alma hakkına sahiptir. Zira bu ödemeyi hataen yapmıştır ve “Hatası zâhir olan zanna itibar yoktur” (Mecelle, md. 72).

Rüşvet gibi meşrû olmayan bir amaçla yapılan ödeme sonucu bir kimsenin mal varlığında meydana gelen artma haksız iktisap olarak değerlendirilir. Alınan mal ve hizmetin iadesi gerektiği gibi kamu düzenini ve mal güvenliğini bozduğu için suçlulara ceza uygulanması da söz konusudur.

Gerçekleşmemiş bir sebebe istinaden ödemeye klasik literatürde evlenmek amacıyla mehrin önceden ödenip de evlenmenin gerçekleşmemesi, düğün için aşçı tutulmuş iken gelin veya damadın ölmesi, ağrıyan bir dişin çekilmesi için dişçi tutulması, fakat dişin kendiliğinden iyileşmesi gibi durumlarda yapılan ödemeler örnek gösterilir. Bu durumlarda ödeme sebebi gerçekleşmediğinden verilenin iadesi gerekir

2) Ecr-i Misl: İcâre gibi süreli akidlerde bazan akdin sona ermesine rağmen taraflardan birinin açık bir zararı söz konusu olduğunda akidenden doğan ilişki bir süre daha devam ettirilir ve bu fiilî durum sonucunda bir tarafın istifadesine karşılık diğer tarafın bir bedel talep etme hakkı doğar. Meselâ kira süresi dolduğu halde tarladaki mahsul henüz olgunlaşmamışsa kira süresi mahsul olgunlaşmıncaya kadar uzatılmış sayılır. Ancak bu uzatma karşılıklı anlaşmaya değil hukuken geçerli sayılan bir mazerete dayandığından kiracının me'cûru kullanımı karşılığında fiilî durumdan doğan takdirî bir ücret (ecr-i misl) ödemesi gerekir (Mecelle, md. 526). Burada akdin yenilenmesi söz konusu olmadığı için borç akde dayanmamakta, haksız iktisap prensibine göre yorum yapılmaktadır (Karaman, II, 460). Bu gibi durumlarda ecr-i misl ödenmesinin gerekli görülmesi haksız iktisabı korumama düşüncesiyle kabul edilmiştir.

3) Karışma ve Bitişme: İki mülk, sahiplerinin irade ve fiilleri dışında ve tekrar eski hale iadesi imkânsız şekilde birbirine karışırsa malı çok olan az olanın malına da sahip olur ve malı az olan malının kıymetiyle diğerine rücû eder. Heyelân sonucu yamaçtaki iki arazinin bitişmesi durumunda bitişmeden sonra önceden değer bakımından büyük arazinin sahibi küçük arazinin bedelini ödeyerek tazmin eder ve bitişmeden sonraki yeni haliyle birleşen arazinin mülkiyetini kazanır (Mecelle, md. 902; Ali Haydar, II, 835-837; Bilmen, VII, 370). Bu örnekte geçen mal varlığındaki zenginleşmede tarafların herhangi bir etkisi söz konusu değildir. Ancak bu tür bir iktisap, zenginleşenin bizzat kendisi veya üçüncü bir şahsın fiiliyle de meydana gelebilir.

4) Başkası Adına Zarureten Yapılan Ödemeler: Prensip olarak bir kimsenin başkasının malında izinsiz veya selâhiyetsiz tasarrufta bulunması câiz olmadığı gibi izinsiz veya selâhiyetsiz olarak başkası adına yapılan ödemeler de teberru sayılmaktadır. Ancak kişinin kendi hakkını koruması veya ona ulaşması için başkası adına zarureten yaptığı harcamalar teberru sayılmaz. Ortaklardan biri ortağının izni olmadan ortak malı imar etse yaptığı bu harcama sebebiyle teberruda bulunmuş sayılır ve onarım masrafını ortağından alamaz. Ancak yaptığı bu harcama belirli bir zorunluluk sonucu olmuşsa hissesi nisbetinde diğerine rücû eder (Bilmen, VII, 160). Aynı şekilde bir mirasçı, terekedeki hissesini almak için miras bırakanın borcunu öderse ödediği bu miktar için terekeye rücû eder. Yine taksim edilemeyen müşterek gayri menkule ortağın yaptığı zaruri masraflar için hissesi nisbetinde ortağına rücû hakkı vardır.

1.3.1.4. Kanun

Herhangi bir fiil veya olaya hukukî sonuç bağlanması, hukukun bunu tanımasının (Şâri'in iradesi) bir sonucudur. Dolayısıyla hukukî fiil ve hukukî olayın borç doğuran kaynak olması da hukuk sisteminin bunları borç doğuran sebep olarak kabul etmesinden ötürüdür. Bu da hukuk düzeninin bizzat kendisi, yani kanundur.

DENĐERLENDİRME SORULARI

1. Aşağıdaki akitlerden hangisi aynın teslimi ile tamam olan akitlerden değildir?

- A) İcare
- B) Ariyet
- C) Vedia
- D) Karz
- E) Hibe

2. Aşağıdakilerden hangisi ivazsız akitlerdendir?

- A) Satım
- B) Ariyet
- C) Selem
- D) İcare
- E) Karz

3. Bir şahsın hukukî temsilcisi olmadığı halde onun adına hukukî işlemde bulunan şahsa ne denir?

- A) Vekil,
- B) Velî
- C) Vasî,
- D) Kayyim
- E) Fuzuli

4. Aşağıdakilerden hangisi akdin inikat şartlarından biri değildir?

- A) Taraflar
- B) İrade beyanı
- C) Mahal
- D) Fasit şartın olmayışı
- E) Ma'kudun aleyh

5. İkraah altında yapılan bir akdin Ebu Hanife'ye göre hükmü hangi seçenekte doğru olarak verilmiştir?

- A) Sahih
- B) Fasit
- C) Batıl
- D) Mevkuf
- D) Caiz

SEKİZİNCİ HAFTA

ÜNİTE VIII: İSLAM BORÇLAR HUKUKU II (GENEL İLKELER VE ÖZEL BORÇ İLİŞKİLERİ)

KONULAR

1. Borcun Hükmü
2. Borcun Sona Ermesi
3. Borcun İntikali
4. Bey' (Alış-Veriş) Akdi

AMAÇLAR

1. Akdi başlatan ve sona erdiren hukuki olayları tanımlamak
2. Özel borç ilişkilerinden en çok kullanılan prototipi olarak be'y akdini öğrenmek
3. İslam Borçlar Hukuku'nun özel ıstılahlarına vakıf olmak
4. Alışveriş akdinin kuruluş şekillerini ve unsurlarını öğrenmek
5. Alışveriş akdinin türlerini öğrenmek.

HAZIRLIK SORULARI

1. Borcun hükmü hakkında araştırma yapınız.
2. Borcu sona erdiren hususları yazınız.
3. Borcun intikali hakkında araştırma yapınız.
4. Borç doğuran sebeplerden alışveriş akdi hakkında ön bilgi edininiz.
5. İslam hukukunda akdi oluşturan temel öğeler hakkında araştırma yapınız

1.GENEL BORÇ İLİŞKİLERİ

1.1. Borcun Hükümü (İfâ)

Borcun hükümü, borç konusu olan edimin yerine getirilmesi, yani ifadır. Borçlanılan edimin gerektiği şekilde yerine getirilmesine ifâ denir. Bunun için edimden beklenen sonucun fiilen gerçekleşmesi yeterlidir. Bu arada sunulan edimin konu, şahıs, yer ve zaman bakımından borca uygun olması gerekir.

İfânın konusu borcun konusundan ibaret olduğu için, edime uygun ifâ prensibi gereği, ne borçlanılmışsa o ifâ edilmelidir. Borcun konusu olan edim ise, bir şeyin verilmesi, bir şeyin yapılması veya yapılmaması biçiminde kendisini gösterir.

Verme borçlarının konusu bir ayn veya deyn olur. Konusunu belirli bir malın (ayn) oluşturduğu borçlarda, borç ancak o aynın teslimi ile sona erer. Daha değerli bile olsa alacaklı bir başka aynı kabule zorlanamaz. Zimmette sâbit olan para veya misli eşya borçlarında (deyn) ise, cins, miktar ve özellik itibarıyla emsâl ödeme yapılabilir. Hatta önceden şart koşulmaması ve bu yönde bir teamülün bulunmaması şartıyla, borçlu ödemeyi daha kaliteli bir mal vermek suretiyle yaparsa, alacaklının bunu kabul etmesinde herhangi bir sakınca yoktur. Bu değer/kıymet fazlalığı faiz değildir.

İfa bizzat borçlu tarafından yerine getirilebileceği gibi, velî, vekîl, kefil gibi üçüncü şahıslar tarafından da gerçekleştirilebilir. Fakat kişisel özelliklerin önem arz ettiği bir işin veya hizmetin ifası gibi borçların, bizzat borçlu tarafından ifâ edilmesi gerekir. Aynı şekilde, aksi kararlaştırılmadığı sürece ifanın bizzat alacaklıya yapılması şart değildir; onun adına ifayı kabule yetkili kişilere de yapılabilir.

Kural olarak ifa, borç ilişkisinin meydana geldiği yerde gerçekleştirilir. Ancak edimin mahiyeti engel oluşturmadığı sürece (belirli bir arsa üzerinde inşaat yapma borcu gibi) tarafların anlaşmalarına ve örf'e bağlı olarak ifanın başka bir yerde gerçekleştirilmesi de mümkündür.

İfa zamanı, borcun peşin ya da vadeli oluşuna göre belirlenir. Vadeli borçlarda, belirlenen süre dolmadan borçlu edimi ifaya zorlanamaz. Ancak âriyet ve vekâlet gibi bağlayıcı (lâzım) olmayan akitlerde, karşı tarafın açık zararına yol açmamak şartıyla alacaklı, edimin ifasını istediği zaman talep edebilir.

Borçlu ifâyı kendiliğinden yapınca borç sona erer. Kendiliğinden ifâ yapılmazsa, borçlunun mevcut ekonomik durumu borcu ödemeye müsait değilse, Bakara suresinin 280. âyeti gereği ödeme imkânına kavuşuncaya kadar kendisine fırsat verilir. Ödeme imkânı bulunmasına rağmen ifada bulunmayan borçluya, hapis yoluyla ödemeye zorlama ve cebrî icra yoluyla mallarının satılarak borçlarının ödenmesi gibi müeyyideler uygulanır. Ebu Hanîfe, cebrî icra uygulamasını doğru bulmaz.

1.2. Borcun Sona Ermesi

Borç tabii olarak ifa ile sona erer. Bunun yanında onu sona erdiren daha başka durumlar da vardır. Borcu sona erdiren halleri şu şekilde sıralamak mümkündür:

1. *İfa*: Borcun konusu olan edimin yerine getirilmesi demek olan ifade aslolan, borcun bizzat borçlu tarafından yerine getirilmesidir.

2. *İfa yerine edim*: Borçlu karşılıklı anlaşma ile asıl borcuna mukabil diğer türden bir ödemede bulunabilir ve bununla borç sona ermiş olur. Buna ifa yerine edim veya istibdal denmektedir. Yalnız bu muamelenin faize imkân vermemesi gerekir.

3. *Yenileme*: Bir borç önceden var olan borcun yerini almışsa yenileme gerçekleşmiş ve bununla hem evvelki borç hem de ona bağlı bulunan mükellefiyetler (meselâ kefalet) düşmüş olur. Bu yönüyle yenileme, borcu (burada kastedilen birinci borçtur) sona erdiren hallerden biri olmaktadır.

4. *Takas*: Alacaklı ile borçlunun karşılıklı olarak yaptıkları bir hesaplaşma muamelesidir. İki tarafın borçları arasında cins ve vasıf bakımından birlik bulunması ve vadelerinin gelmiş olması durumunda taraflardan birisinin isteği üzerine karşı tarafın rızâsına bağlı olmaksızın takas gerçekleşir. Bu şartlardan biri bulunmadığı takdirde takas ancak iki tarafın rızâsıyla yapılabilir. Takas işleminde borcu az olanın yükümlülüğü sona erer, çok olanın ise alacağı nisbetinde azalır.

5. *İbrâ*: Bir kimsenin diğer bir kimsedeki alacak hakkından tamamen veya kısmen vazgeçmesi anlamında kullanılan ibrâ belirli bir alacakla ilgili olursa hususi, bütün haklara şâmil olursa umumi olur. İbrâ Şâfiî ve Hanbelîler'e göre alacak hakkının ıskatı olup ibrâ edilenin kabulüne bağlı değildir. Mâlikîler ile Hanefîler'den Züfer'e göre ibrâ ıskat değildir ve bunu borçlunun kabul etmesi zaruridir. Hanefî mezhebinin hâkim telakkisine göre ise, esas itibariyle bir hakkın ıskatından ibaret olan ibrânın sarf ve selem akidleri dışında geçerli sayılabilmesi borçlunun kabulüne bağlı değilse de ibrâda aynı zamanda temlik mânası bulunduğundan red ile geçersiz hale gelir (Mecelle, md. 1568). İbrânın mâlum ve muayyen olması gerekir; belirli olmayan ibrâlar geçerli değildir.

6. *İfanın imkânsızlığı*: Borcun ifasının imkânsız olması durumunda borçlu ifaya zorlanamaz. Yalnız o da bu ifa karşılığında aldıklarını iade etmek mecburiyetindedir. Bir çocuk için süt anne tutulduktan ve peşin bir ödeme yapıldıktan sonra çocuğun ölmesi hali buna örnektir. Bu durumda ifade bulunamayan süt anne aldığı ücreti iade etmek zorundadır.

7. *Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi*: Ölüm sebebiyle alacaklı veya borçludan birinin diğerine halef olması durumunda, alacaklı ve borçlu sıfatları aynı şahısta birleşmiş olacağından, borç ile buna bağlı yükümlülükler (kefalet gibi) düşmüş olur.

8. *Zaman aşımı*: Mürûrüzaman temelde hak ve borcu düşüren bir sebep kabul edilmemekle birlikte Hanefî ve Mâlikî fakihlerine göre belirli bir müddetin geçmesi borcun aslını değil fakat dava hakkını düşürür. Böylece dava hakkından mahrum kalan borç, dinen değilse de hukuken âdeta düşmüş olur. Bu süre Hanefîler'de otuz ile otuz altı yıl arasında değişmektedir. Zeynüddin İbn Nuceym'e göre bir alacak otuz üç yıl boyunca özürsüz olarak istenmemişse bu süreden sonra artık bir daha talep edilemez.

Osmanlılar'da bu süre sosyal hayatın zaruretleri sebebiyle on beş yıla indirilmiş ve Mecelle'ye de bu şekilde geçmiştir (md. 1660). Vadeli borçlarda bu süre vadenin sona

ermesinden, iflâs halindeki borçluda iflâsın sona ermesinden itibaren başlar. Ancak söz konusu sürenin geçmiş olmasına rağmen borçlu mahkemede borcunu ikrar ederse artık zaman aşımı sebebiyle ondan kurtulamaz (Mecelle, md. 1674). Vakfin aslını ilgilendiren davalarda bu süre otuz altı yıl olarak muhafaza edilmiştir. Umumi yol, mera, nehir gibi herkesin istifadesine sunulan yerlerle ilgili davalarda zaman aşımı söz konusu değildir (Mecelle, md. 1675). Mîrî arazi ve bu tür arazilerdeki irtifak hakkı davalarında ise süre on seneye indirilmiştir (Mecelle, md. 1663). Yalnız zaman aşımının dava hakkını düşürebilmesi için hukuken geçerli özörlere dayanmamış olması gerekir; aksi halde dava hakkı düşmez.

1.3. Borcun İntikali

Borcun intikali, ölüm sebebiyle intikal ve sağ kişiler arasında intikal olmak üzere iki şekilde düşünülebilir. Ölümle birlikte kişinin borçları şahıslara değil, terikeye (tereke) intikal eder. Borçlar ödendikten sonra arta kalan terike vârisler arasında paylaşılır. İntikalin bu şekli miras hukukunun konusudur.

Borçlar hukukunun kapsamına dahil bulunan hayatta olanlar arasındaki intikal ise, borcun intikali ve alacağın temlik olmak üzere iki şekilde olur.

Borcun nakli, havâle suretiyle gerçekleşir. Havâle, anlaşmayla borcun bir kimsenin sorumluluğundan (zimmetinden) başka birisinin sorumluluğuna nakledilmesidir. Havâlede, alacaklı, borcunu başkasına havâle eden (muhîl) ve borcu ödeme sorumluluğunu üstlenen (muhâlun aleyh) olmak üzere üç kişi bulunur.

Havâle ile talep hakkı değil borcun bizzat kendisi nakledilir. Dolayısıyla önceki borçlu borçtan kurtulur; borca bağlı kefâlet ve rehin gibi teminatlar da sona erer. Fakat borcun havâle edildiği kişinin iflâs etmesi (tevâ) durumunda alacaklı ilk borçludan talepte bulunabilir. Şâfiî ve hanbelî hukukçular, havâle ile borcun nakli gerçekleşince, artık ilk borçluya rucü imkânının hiçbir şekilde bulunmadığı görüşündedirler.

Alacağın temlik, borçluya temlik ve üçüncü şahsa temlik olmak üzere iki şekilde gerçekleşir. Alacağın borçluya temlik, alacaktan vaz geçme yani borcun ibrası suretiyle gerçekleşir. Bunun câiz olduğunda ittifak vardır. Alacağın üçüncü kişilere satım ve bağışlama suretiyle temlik Mâlikîler dışındaki fıkıh bilginlerine göre câiz değildir. Mâlikîler bunun birtakım şartlara bağlı olarak câiz olduğu kanaatindedirler. Alacağın havale yoluyla üçüncü kişilere devri ise câizdir. Bu durumda alacak, lehine havale yapılan kişi tarafında tahsil edilir.

2. ÖZEL BORÇ İLİŞKİLERİ

Özel borç ilişkileri başlığı altında, fıkıh literatüründe ayrıntılı olarak tahlil edilen borç ilişkilerinden bazıları, detay tartışmalara girmeden, her birinin kendisine mahsus mâhiyet ve hükümleri itibarıyla genel olarak ele alınacaktır.

2.1. Bey' (Alış-Veriş) Akdi

2.1.1 Bey'/Alışveriş Akdinin Tarifi

Bey' hem de satın almak manasına kullanılır. Bu haliyle *bey'*in manası mutlak mübadele (değiş-tokuş) demektir. Hem maddi hem de manevi mübadeleleri ifade eder.

Arapçada genelde satın alma manasına kullanılan “şira” kelimesi de “bey’ ” kelimesi ile eş anlamlıdır. Her biri diğerinin yerine kullanılır. İstilahta ise “bey’ ”: “*Malın mal ile değiştirilmesidir.*” Bey’ in en kısa tanımı budur. Türkçedeki “alışveriş” kelimesi Arapçadaki “bey’ ” ve “şira” kelimelerinin tam karşılığıdır. Tamamlanan bir bey’ akdi ile taraflardan birisi satılan mala, diğeri de onun karşılığı semene sahip olur.

Bey’ ve Şira ile İlgili Bazı Önemli İstilahlar

Bey’: Alım-satım, ya da alışveriş demektir. Çoğulu “buyû”dur. Karşılığındaki şirâ kelimesi de aynıdır, o da hem satın alma hem de satma anlamında kullanılabilir. Ancak mutlak olarak kullanıldıklarında bey’ satmayı, şirâ (iştirâ) ise satın almayı ifade eder. Bey’ denince akla gelen, herhangi bir malın para karşılığında satılmasıdır. Peşin ya da veresiye olabilir.

Mübâyaa: Alım satım muamelesi.

Mütebâyan: Malı alan ve satan iki kişi demektir. Bunlara “akideyn” de denir.

Mal: Mal terimi Arapçada önceleri altın, gümüş ve deve için kullanılırken, kapsamı genişlemiş, nakit para, menkul ve gayrimenkul mallardan maddî değeri olan her şeyi içine almıştır.

Mal-ı mukavvim: Şer’an kendisinden istifade olunması ve yenmesi mübah olan şey.

Meclis: Akid yapılan (alışveriş sözleşmesi yapılan) yer. Veya pazarlık için toplanılan mahal.

Akid: Sözleşme

Akdin mahalli: Mebi’ veya üzerine akid yapılan şey (ma’kudun aleyh), akdin netice ve hükmünün üzerinde gerçekleştiği şeydir: Beyi’ akdinde satılan mal, rehin akdinde rehnedilen eşya, bağışlamada bağışlanan şey gibi.

Mebi’: Bey’ akdinde müşterinin satın aldığı şeydir yani satılan maldır. Buna *müsmen*, yani *semen*’in bedeli de denilir.

Bayi: Satıcı

Müşteri: Satın alan

Semen: Bey’ akdinde satın alınan şey karşılığında verilen para cinsinden bedeldir. On liraya bir kitap alındığında kitap *mebi’* ya da *müsmen*, on lira ise *semendir*. Yani Pazarlık neticesinde üzerinde anlaşılan fiyattır.

Müsemmen: Fiyatı belirlenmiş, tayin edilmiş şey.

Kıymet: Mebi’ in hakiki değeri

İcap: Akid yapma teklifi. “*Senin şu malını 50 liraya satın aldım*” gibi.

Akidlerde ilk söylenen söz icaptır. Bunu ilk söyleyen şahıs bayi de müşteri de olabilir.

İcapta bulunan şahsa “mucib” denilir.

Kabul: Akid teklifini kabul etme. İcaba karşılık “ben de o malımı sana 50 liraya sattım” demek gibi. Kabul, akidde söylenen ikinci sözdür. Akdi tamamlayan söz kabul, bir önceki karşı söz ise icaptır.

În'ikâd (akdin kurulması ya da oluşması): Bir mal üzerinde icap ve kabulün uyumlu olarak birleşmesidir. Böyle bir bey', *mün'akid* olmuş, yani gerçekleşmiş olur.

Selem: Özellikleri belirlenebilen bir malın peşin para karşılığında, veresiye satılmasıdır. Para peşin, mal veresiye olur.

Sarf: Paranın parayla satılmasıdır.

Trampa/Takas/Mukayada: Malın malla satılmasıdır.

Müsâveme: Fiyatın pazarlıkla belirlendiği satış.

Müzâyede: Fiyatın açık artırma ile belirlendiği satış.

Muhayyerlik: Akdi geçerli kılıp kılınmada taraflardan birinin veya ikisinin serbest olmasıdır.

2.1.2. Bey' Akdinin Meşruiyeti

Bey' akdinin meşruiyeti kitapla, sünnetle ve icma ile sabittir. Asrı saadetten günümüze kadar Müslümanlar alışverişle uğraşmışlar, ümmetin âlimleri ticaretin meşruiyetini ve sahih olmasının kurallarını belirten nadide eserler ortaya koymuşlardır. Meşru olmasının gereklerinden birisi de mübahlıktır. Her türlü alışverişte asıl olan onun mübah, yani helal olmasıdır. Çünkü "*eşyada aslolan ibahadır.*" Helal olan alışveriş mübahtır. Ama buna rağmen alışveriş olduğu halde haksızlığa sebep olan uygulamalar da olabilmektedir. Böyle olan uygulamaları da Allah (cc) haram ilan etmiş ve yasaklamıştır.

Yani, haksız kazanç elde etmemek ve ticaretin karşılıklı rızaya dayanması esastır. Bu esaslara uymayan kazançlar meşru sayılmamıştır. Mesela "riba", bu tür kazanç yollarından bir tanesidir, haksız bir kazançtır. Bu sebeple o, alışveriş cinsinden çıkarılmış ve haram olduğu bildirilmiştir. Taraflardan birinin rızası olmadan yapılan alım satım da haksız bir kazançtır.

2.1.3 Bey'in Rükünleri / Unsurları

Her akid de olduğu gibi bey' akdinin de rükünleri vardır. Bey'in rükünleri /unsurları demek, onu oluşturan temel parçaları demektir. Bu temel parçalara **rükün** de denir. Çünkü rükün de, bir şeyi oluşturan ve o olmasa o şeyin de oluşmayacağı ana parçalardır. Yani bir şeyin varlığı, kendi varlığına bağlı olan ve onun yapısından bir parça teşkil eden unsurdur. Mesela, namaz için kıraat veya taharet rükünü gibi.

Bey'in ana parçaları, ya da unsurları veya rükünleri mezhepler tarafından şöyle belirtilmiştir:

Hanefilere göre bey'in unsurları veya rükünleri almayı ve vermeyi ifade eden karşılıklı *irade beyanıdır*, yani **icap ve kabul**dür. Bu beyan, sözlü ya da fiili olabilir. Bir diğer ifade ile bey'in rükünü, yani en temel unsurları iki mülkün karşılıklı değiştirildiğine dair rızayı gösteren söz ya da fiildir. Hanefiler bütün akitlerin/sözleşmelerin rükünlerinin bu iki şey olduğunu söylerler: *İcap ve kabul*. Bunlara modern hukukta *irade beyanı* denir.

Diğer mezheplere (cumhura) göre ise akdin rükünleri üçtür: *Bayi ve müşteri, mebi ile semen, icap ile kabul* veya onun yerini alan teatidir.

Hanefilere göre *icap*, akit/sözleşme yapılırken, rızaya delalet etmek üzere, fiili ya da sözlü ilk yapılan beyandır. *Kabul* ise aynı özellikteki ikinci beyandır ve bir bakıma birincinin cevabıdır. Bu sebeple alan ya da veren önemli olmaksızın ilk rıza beyanı *icap*, ikinci rıza beyanı da *kabul*'dür. Buna göre mesela: Taraflardan birinin diğerine, *su kitabı sana on liraya sattım* demesi *icap*, diğerinin de, *aldım*, ya da, *kabul ettim* demesi *kabul*'dür.

İşlem tersine işleseydi ve akdi önce satın alan başlatıp, *şu kitabı senden on liraya satın alıyorum* deseydi, bu defa onun bu sözü *icap*, diğerinin *tamam satıyorum*, demesi ise *kabul* olurdu.

Hanefiler dışındaki fıkıhçılara / cumhura göre ise, akitte, temlikte bulunan (satan) tarafın sözü *icaptır*, isterse sonra söylenmiş olsun. Mülk edinenin sözü (alanın sözü) ise *kabuldür*, isterse ilk önce söylenmiş olsun.

Burada bir noktaya işaret etmekte yarar vardır: Fıkıh kitaplarında akitlerdeki *icap* ve *kabullerin* mazi, yani geçmiş zaman kipi ile olması gerektiği söylenir. Bu hüküm Arapça için doğrudur. Çünkü Arapçadaki muzari/geniş zaman kipi, bir işin o anda yapıldığını değil, yapılmakta olduğunu ya da ileride yapılabileceğini anlatır. Yani bu kip, iki zamana da ihtimali olan bir kiptir. ابيع اشترى ifadeleri, *satıyorum*, *alıyorum* anlamına geldikleri gibi, *satarım*, *alırım*, yani *satabilirim*, *alabilirim* anlamına da gelebilir. Oysa akitler kesin ifadelerle olmalıdır. Onun için Arapçada akitlerin *mazi/geçmiş zaman* kipiyle olması gerekli görülmüştür.

İcap ve kabul sadece *sattım*, ya da *aldım* demek değildir. *Verdim*, *senin mülküne verdim*, *ya da aldım*, *kabul ettim*, gibi ifadelerle de olur. Yeter ki, bölge örfünde bir satım akdi sırasında satmayı ve satın almayı kesin olarak ifade eden bir beyan olsun. Bu gibi lafızlarla pazarlık tamamlanır.

Bunun yanında insanlar eski zamanlardan beri istek, arzu ve kararlarını söz dışında bazı vasıtalarla da ifade etmişlerdir. Bey' akdinde de irade beyanı "*yani icap ve kabul*" için kullanılan bu vasıtalarda teâti, haberci ve mektuplar (yazışma ve mesaj), işaret gibi vasıtalarlardır.

Bu vasıtalarla teâti yolu ile *icap ve kabul* genel olarak tahakkuk eder.

a. Teâti

Teâti / alma-verme yoluyla olan alışverişlerde, hiçbir söz söylemeden bir tarafın semeni (parayı), diğer tarafın ise malı vermesi de *icap ve kabul* sayılır. Yeter ki, bölgenin örfünde böyle bir uygulama bulunmuş olsun. Mesela hiç biri öbürüne bir şey demeden müşteri fırıncıya, standart ekmek fiyatı olan bir lirayı uzatsa, o da ona bir ekmek verse bu alışverişte *icap ve kabul* var sayılır. Çünkü *icap ve kabulün* sadece sözle olması gerekmez.

Ancak nikâhta böyle bir fiil *icap ve kabul* sayılmaz. Çünkü nikâh çok daha önemli bir iştir ve onun hiçbir şüphe bulunmayan irade beyanı ile olması gerekir.

Tercih edilen görüşe göre de bey', hem kıymetli şeylerde hem de kıymetsiz basit şeylerde teâti ile caizdir. Hanefilerden İmamı Kerhi'ye göre ise kıymetli ve değerli şeyler hakkında teati ile bey' mün' akit olmaz.

İmamı Şafi'ye göre ise esasen teati ile bey' mün'akit olmaz, çünkü burada rıza hafidir, belli değildir. Rızaya şifahen olan icap kabul delalet eder, teati delalet etmez. İmamı Malik ve onun gibi düşünenlere göre ise bu gibi şeylerde karine kâfidir, teatide de mücerret alıp vermek de iki tarafın rızasını gösteren birer karinedir ve kâfidir.

b. Haberci ve Mektuplar (Yazışma ve Mesaj)

Haberci ve Mektuplar (Yazışma ve Mesaj) ile de *icap ve kabul* gerçekleşebilir. Bu yazışma bir mektupla olabileceği gibi, elektronik mektupla ya da bir telefon mesajı ile de olabilir. Ya da bir elçi vasıtasıyla da gerçekleşebilir. Bütün bunlarda ölçü, tarafların, malın ve fiyatın belli olması ve icap ve kabulün kesin bulunmasıdır.

c. İşaret

İşaret ile de *icap ve kabul* gerçekleşebilir. Ancak Hanefilere ve Şafilere göre bu işaret vasıtası ile *icap ve kabul* (akid) ancak söz söyleme imkânı olmayanlar için geçerlidir. Dilsiz bir kimsenin, anlamı çok açık olan bir işaretle yaptığı *icap* ya da *kabul* de makbuldür. Ancak yazı biliyorsa meramını yazarak ifade etmesi daha uygundur.

Maliki mezhebine göre örf ve teamül gereği maksadı anlatan her işaret söz gibidir.

2.1.4. Meclis Muhayyerliği

Meclis muhayyerliği, Hanefilere ve Malikîlere göre taraflar icap ve kabulde bulunduktan sonra akit *lazım* / bağlayıcı olur. Artık taraflardan birinin dönme muhayyerliği yoktur. Bu iki mezhebin dışındaki cumhur ise; akit meclisi devam ettikçe taraflardan her birinin cayma hakkı vardır derler. Çünkü Efendimiz (sav): “*Alan ve satan ayrılmadıkça muhayyerdirler*” buyurmuştur. Hanefiler ise bu hadisi şerifteki *alan* ve *satanı*, pazarlık yapanlar diye anırlar. Yani, muhayyerlik pazarlık sürdüğü müddetçe vardır. Mesela: Alan veya satan kişilerden birisi satış meclisinde, “*Şu malı 50 liraya sattım*” diye veya “*aldım*” diye icapta bulunsa, diğeri de bir müddet zaman geçtikten ve ara verdikten sonra yine o mecliste kabul etse bey' mün'akit olur. Meclisteki icap ve kabulün arası bir hayli uzamış da olsa zarar vermez. Yeter ki, yapılan icabın terk edildiğine ve vazgeçildiğine dair bir tasarrufta bulunulmasın. Bahsedilen bu duruma *meclis muhayyerliği veya kabul muhayyerliği* adı verilir.

Akid Yapılan Meclisin İttihadı

Alışveriş yapılan meclise gelince (alış-veriş için toplanılan mahaldir) hakikaten veya hükmen bir olması, yani icap ve kabulün aynı mecliste yapılması lazımdır. Mesela bir odada veya dükkan içinde “*şu malı 50 liraya sattım*” deyince, müşterinin de o malı alacak ise orada kabul etmesi lazımdır. Bu durumda meclis hakikaten müttahit olmuş olur.

Bu satış işlemleri için mektup veya aracı gönderildiğinde ise, mektubu alan alıcı veya satıcının mektubun içeriğini öğrendiğinde o mecliste kabul etmesi gerekir. Bu durumda da meclis hükmen müttahit olmuş olur.

2.1.5. Bey' Akdinin Çeşitleri

Hukuk bazı akidleri isimlendirmiş ve onlara özel hükümler vazetmiştir, böyle akidlere “isimli akidler” denir. **Bey'**, **şirket**, **kira (icar)**, **karz** ve **kefalet akidleri** bu isimli diye

bilinen akidlerdir. Bunlar akdin umumi hüküm ve kaideleri yanında bir de kendilerine, isimlerine mahsus hükümlere ve kaidelere tabidir. Zaman içinde şartlar oluştuğça bu isimli akidlerin dışında da yeni akid çeşitleri ortaya çıkmıştır. İşte bu, isimli akidlerden birisi de Bey' akididir.

Bey'/ alım-satım akdi de kendi içinde çeşitlere ayrılır. Bu çeşitler yapılış şekillerine göre dört grupta tasnif edilebilir. Bun göre;

Akin şekli açısından (bedellerin durumuna göre) bey' akdinin çeşitleri beştir.

- 1- Mutlak Bey',
- 2- Selem,
- 3- Sarf,
- 4- İstisna',
- 5- Trampa (Takas/Mukâyada)

Mutlak Bey' ya da *bey'* denince akla gelen *bey'*: Herhangi bir malın para karşılığında satılmasıdır. Peşin ya da veresiye olabilir.

Selem: Özellikleri belirlenebilen bir malın peşin para karşılığında, veresiye satılmasıdır. Para peşin, mal veresiye olur.

Sarf: Paranın parayla satılmasıdır.

İstisna' (Sipariş sözleşmesi): Belli bir bedel karşılığında bir kimsenin sanat erbabıyla bir eşya yaptırmak için anlaşmasıdır.

Trampa (Takas/Mukâyada): Malın, malla satılmasıdır.

Akin geçerliliği açısından (yapılan muameleye göre) bey' akdinin çeşitleri dokuzdur.

- 1- Sahih Bey',
- 2- Mün'akid Bey'
- 3- Gayri Mün'akid Bey'
- 4- Mevkuf,
- 5- Lazım,
- 6- Nafız,
- 7- Fasit,
- 8- Batıl,
- 9- Bey'ul İyne

Sahih Bey': Hem unsurları hem vasıfları meşru olan bey' dir.

Mün'akid Bey': Bey' akdinin in'ikadı (geçerliliği) için gerekli şartları kendisinde bulunduran akittir.

Gayri Mün'akid Bey' : İn'ikad şartlarını kendisinde bulundurmeyen bey' dir.

Mevkûf Bey': Başkasının hakkı taalluk ettiği için geçerliliği onun onayına bağlı olan bey' dir.

Lâzım Bey': Temel unsurları ve vasıfları tam olarak akdedilmiş ve başkasının hakkı taalluk etmeyen, yani her bakımdan tamamlanmış ve artık tarafları bağlayıcı hale gelmiş olan bey' dir.

Nâfiz Bey': Başkasının hakkı taalluk etmeyen, geçerli *bey'* demektir. Bey' lazım olunca aynı zamanda nafiz olur.

Fâsit Bey': Temel unsurları sahih olan, ancak bazı harici vasıfları meşru olmayan *bey'*dir.

Bâtıl Bey': Temel unsurları sahih ve meşru olmayan *bey'*dir. (Buradaki bu Fasit Batıl ayırımı Hanefi fukahasına göredir)

Bey'ul İyne): Satıcıdan mebi' veresiye alıp aynı mecliste evvelki fiyattan noksan bir para ile peşin olarak geri satmaktır.

Fiyatın belirlenmesi açısından (kazanılacak kârın zikrine göre) bey' akdinin çeşitleri, 1- Müsaveme, 2- Müzayede, 3- Emanet Satışlarıdır. Emanet satışlarının da kendi bünyesinde üç türü vardır, Murabaha, Tevliye ve Vâdia.

Müsâveme: Fiyatın pazarlıkla belirlendiği alışveriştir. Bu çeşit alışverişte, müşteri “*Şu kadara mal ettim, su kadar kârım var, su kadara satıyorum*” gibi sözler söylemez. Halk arasında en çok yapılan alışveriş şekli budur.

Müzâyede: Fiyatın açık artırma ile belirlendiği satış.

Emanet Satışı: Satıcının aldığı fiyatı söyleyerek yaptığı satıştır. Malı aldığı fiyata satabilir, bir miktar kâr koyarak satabilir, ya da zararına satabilir. Buna *emanet satışı* denmesinin sebebi, müşterinin, satıcının söylediği alış fiyatından emin olmasıdır. Böyle *emanet satışları* da, tarifinden anlaşılacağı üzere üçe ayrılır:

a-Murâbaha: Alış fiyatına bir miktar ekleyerek ve maliyeti ile kârın miktarını müşteriye söyleyerek yapılan satıştır. Bu tür bir alışverişte müşteri aldatılırsa, akdi feshedebilir ki, buna “Hiyanet muhayyerliği” denir.

b-Tevliye: Satıcının malı tam aldığı fiyata satmasıdır. Tüccar örfü ölçü alınarak mebi' için yapılan masraflar da maliyete eklenir.

c-Vâdia : Satıcının malı aldığı fiyatın altında satmasıdır. Günümüzde spot piyasaların yaptığı buna benzer. Bunda müşteriye yardımda bulunma veya malı hazır nakde çevirme düşüncesi vardır.

Semenin / fiyatın ödenmesi açısından bey' akdinin çeşitleri ise beştir.

1- Peşin alışveriş,

2- Veresiye satış,

3- Selem,

4- İstisna',

5- Her iki tarafın da veresiye olduğu satıştır.

Peşin alışveriş: Semen de mebi'in de satışta ödendiği alışveriş

Veresiye satış: Malın peşin, paranın ise belli bir süre sonraya bırakıldığı satış.

Her iki tarafın da veresiye olduğu satış: Malın tesliminin de ödenecek paranın da belli bir süre sonraya bırakıldığı alışveriştir.

Selem ve İstisna' ile ilgili bilgiler daha önce akdin şekli açısından bey' akdinin çeşitleri bölümünde zikredildi.

2.1.6. Satım Akdinin Şartları

Bir satım akdinde dört çeşit şartın bulunması söz konusu olur. Bunlar fıkıh kaynaklarında şu başlıklar altında incelenir: Meydana gelme (in'ikâd) şartları, geçerli olma (sıhhat) şartları, yürürlük kazanma (nefâz) şartları ve bağlayıcı olma (lüzûm) şartları. Bu şartların amacı, insanlar arasındaki anlaşmazlıkları önlemek, tarafların karşılıklı menfaatini korumak, aldanma riskini kaldırmak ve bilinmezliğin yol açabileceği haksızlığı gidermektir. Meydana gelme şartı eksik olan akit bâtil olur. Sıhhat şartı yerine gelmezse Hanefilere göre akit fasit olur. Yürürlük şartı bulunmazsa akit icazete kadar askıda (mevkûf) kalır. Bağlayıcılık şartı bulunmayan akitte ise, tarafların muhayyerlik hakkı söz konusu olur. Aşağıda bunları açıklayacağız:

Akdi İn'ikat (Oluşma) Şartları

Hanefilere göre bir alım-satım akdinin *sahih olarak* oluşabilmesi için bir takım şartların oluşması gerekmektedir. Genel olarak su hususlarda aranır.

- a- Akdi yapanlarda,
- b- Akdin bizzat kendisinde,
- c- Akdin mekânında,
- d- Akdin konusunda.

a. Akdi yapanlarda bulunması gereken şartlar:

Akdi yapanlarda (yani alıcı ve satıcıda) bulunması gereken iki şart vardır.

1- Akdi yapanların akıllı ve mümeyyiz olmaları gerekir. Binaenaleyh, delinin ve kârını ve zararını ayıracak durumda olmayan çocuğun alım-satımı geçerli değildir. Karını zararını ayırt edecek yaştaki mümeyyiz çocuk için ise caizdir. Yani Hanefilere göre akit için tarafların ergen olmaları şart değildir. Yedi yaşını tamamlamış mümeyyiz bir çocuğun alım satımı da caiz olabilir. Böyle bir çocuğun hukuki tasarruflarında üç ihtimal vardır:

- a) Sırf kârlı bir tasarruf ise caizdir,
- b) Sırf zararlı bir tasarruf ise caiz değildir,
- c) Hem kara hem de zarara ihtimali olan bir tasarruf ise velisinin iznine bağlıdır, velisi izin verirse geçerlidir.

2- Akdi yapanların birden çok olması gerekir. Satım akdi yapacak kimselerin en az iki kişi olması gerekir. Hem satıcıyı, hem de alıcıyı temsil eden tek vekil aracılığı ile satış gerçekleşmez. Ancak baba, babanın vasîsi, hâkim veya her iki tarafın gönderdiği elçi bu kuralın istisnasıdır. Mesela; bir baba velisi bulunduğu iki oğlundan birisinin satılması gereken malını, diğer oğlu adına satın alabilir.

Mükrehin Satışı:

Hanefilerin çoğunluğuna göre, zor altında bulunan kimsenin yapacağı, alım-satım, kira ve benzeri akitler fâsittir. Zorlama ölümle korkutma gibi tam olsun (mülci) veya yalnız dövmek, bir kısım malı telef etmekle tehdit gibi eksik (gayri mülci ikrah) bulunsun sonuç değişmez. Çünkü iradenin zorlanması akitlerin sıhhat şartlarından olan rızayı yok eder.

Bir kimse rızası dışında bir akit yapmaya zorlanmışsa, zorlama kalkınca bunu feshetme veya devam ettirme hakkına sahiptir. Malın kabzedilmesi halinde, diğer fâsit akitlerde olduğu gibi alıcı lehine mülkiyet sabit olur. Mükrehin satış bedelini kabzetmesi veya satılan şeyi isteyerek teslim etmesi de akdi bağlayıcı hale getirir. Zorlananın satışı ile diğer fasit satışlar arasında şöyle bir fark vardır. Zorlanan kimse sözle veya fiille satışa izin verirse akit caiz olur ve fesat durumu ortadan kalkar. Diğer fasit satışlarda ise fesat şer'i bir sebepten kaynaklandığı için icazet verilse bile fesat kalkmaz.

Mükrehin satışını fasit saymak onun hakkını korumak içindir. Bu yüzden mükrehin satışı “mevkûf (yürürlüğü durdurulmuş) satım akdi”ne benzetilmiştir. Bunun adına da “mevkûf fasit satış” denilmiştir.

b. Bizzat Akdin Kendi Şartı

Bizatihi akdin kendi şartı ise *icabın kabule* uygun bulunmasından ibarettir. Birisinin, *şu elbiseyi 100 liraya satıyorum, demesine karşılık diğerinin, 90 liraya alıyorum, demesiyle* akit gerçekleşmiş olmaz. Aksine yeni bir *icap* yapılmış olur. Diğer bu ikinci fiyatı kabul ederse akit o zaman gerçekleşir.

c. Akit Mekânının Şartı

Akdin yapıldığı yerin de bir tek şartı vardır: *İcap* ile *kabulün* aynı yerde gerçekleşmiş olması. Yapılan bir *icaba* bizzat akit meclisinde *kabul* yapılırsa akit gerçekleşir. Yoksa meclis değiştikten sonra *kabul* edilmesi halinde diğer tarafın bunu kabul etmeme hakkı vardır. Mesela günümüzde internet sitelerindeki satışlarda, site sahibinin bir malın cinsini, özelliklerini ve fiyatını belirtip satın alma imkânı sağlaması *icaptır*. Satın alan bu şartlarla almayı kabul eder ve ilgili butonu tıklarsa akit gerçekleşmiş olur.

d. Akdin Konusunun (Mebi'in) Şartları

Yapılan *bey'* akdinin sahih olabilmesi için mebi' de aranan şartlar da şunlardır:

1- a) Bilinmezlik:

Bununla, tarafları çözülmesi güç olan bir anlaşmazlığa düşüren çok bilinmezlik kastedilir. Çok bilinmezlik taraflar arasında menfaat çekişmesine yol açar ve bunu daha üstün bir delille çözmek mümkün olmaz. Meselâ; bir kimse sürüden belirsiz bir koyun satsa, alıcı en iri olan koçu almak, satıcı ise daha ucuz bir koyun vermek ister. Hayvanın niteliğindeki bu bilinmezlik onları anlaşmazlığa düşürür. Bilinmezlik şu konularda ortaya çıkar:

Satılan malın, alıcıya göre cins, nevi veya miktar olarak bilinmemesi.

Satış bedelinin belirsiz olması. Meselâ; bir şeyi mislinin satış bedeli ile satmak anlaşmazlığa yol açar.

Vadenin belirlenmemesi. Vadeli satışta veya şart muhayyerliğinde vadenin belirlenmemiş olması satım akdini fasit kılar. Veresiye satışta, vade tarihi belirlenmezse satıcı alacağını bir an önce elde etmek, alıcı ise geciktirmek ister. Böylece taraflar arasında bir menfaat çekişmesi doğar. Ancak belirli bir para veya belirli bir mal için yapılan satışta teslimin geri bırakılması caiz değildir. Çünkü satış sırasında mevcut olan satış bedelinin veya malın teslimini geciktirmek anlamsızdır ve karşı tarafa zarar verir.

Borç teminatlarındaki bilinmezlik de satışı fasit kılar. Satıcı vadeli satış bedeli için bir kefil veya rehin şart koşsa bunların önceden belirli olması gerekir.

2- Zorlama (ikrah):Zorlamadan maksat, bir kimseyi razı olmadığı bir işi yapmaya zorlamaktır. İkiye ayrılır:

Tam zorlama: Öldürme veya bir organını telef edecek şekilde dövme tehdidi bu türe girer. Meselâ; “Şu arsanı şu fiyata satmadığın takdirde öldürüleceksin” tehdidi altında kalan kimse satışı razı olsa, satışı zor altında yapmış olur. Zorlama kalkınca akdi feshetme hakkı doğar.

Eksik zorlama: Hapis, dövme, sürgün etme gibi tehditler bu çeşide girer. Bu çeşit zorlama da satım akdini fasit kılar. İmam Züfer’e göre ise bu durumda akit “mevkûf satışı” olur. Satış fasit kabul edilirse alıcı kabz suretiyle mala malik olur. Mevkûf kabul edilirse kabz ile hiçbir şekilde ona mâlik olamaz. Tercih edilen görüşe göre, mükrehin akdi mevkufur. Çünkü Hanefilerin ittifaklı görüşüne göre zorlananın, ikrahtan sonra akdi geçerli sayması caizdir ve onun hakkında bağlayıcı olur.

3-Satılan şeyin *mal-i mütakavvim* olması, yani yararlanılması şer’an caiz olan ve değer ifade eden bir şey olması gerekir. Binaenaleyh, şarap ve kumar aletleri gibi şeylerin alım-satımı caiz değildir. Hanefilerin dışındaki mezhepler menfaatleri de mal kabul ederler.

4- Satılan şeyin mülk edinilebilen ve akit anında fiilen mülk edinilmiş bir şey olması gerekir. Mülk edinilmemiş mesela, serbest / mübah mal olan meradaki otun satılması caiz olmaz. Bunun dayanağı da kişinin elinde olmayan, sahip olmadığı bir şeyi satmasını yasaklayan hadisi şeriftir.

5- Satılan şeyin, akit anında teslimi mümkün olmalıdır. Kendi mülkü olsa da kaçan hayvanını satmak caiz değildir. Bunun dayanağı *ğararlı* satışların yasaklanmasıdır.

6- Satılan şeyin her iki taraf için de bilinen bir şey olması gerekir. Hanefiler için bu, sıhhat şartıdır, yoksa akdin kurulması (in’ikadı) şartı değildir. Ama her halükârda mebi’in nizaâ yol açmayacak şekilde bilinmesi ve belirlenmesi gerekir. Mebi’ akit meclisinde mevcut, hazır değilse satışı etkileyecek bütün özellikleri sayılmalıdır. Akit meclisinde ise işaretle belirlenmelidir. Mesela şu dolap, diye gösterilmelidir. Diğer mezhepler bunlara satılan şeyin / mebi’in temiz olması, haram bir şey olmaması, satışı yasaklanan bir şey olmaması gibi şartlar da eklerler ancak Hanefilerin yukarıdaki şartları incelendiğinde bunları da içerdikleri görülür.

7. Fâsit şart: Satıcı veya alıcıdan yalnız birisi için üstün bir yarar sağlayan şarta “fâsit şart” denir. Böyle bir şartın İslâm tarafından konulmamış olması, örfleşmiş bulunmaması, akdin gerektirdiği veya akde uygun düşen nitelikte bir şart olmaması gereklidir. Meselâ; bir kimsenin evini, içinde bir yıl oturmak şartıyla satması veya arazisini müşterinin satış bedelinden ayrı olarak bir miktar ödünç para vermesi şartıyla satması bunlara örnek verilebilir.

Fâsit şart; satış, kira ve taksim gibi mâlî bedelli bir akitte bulunduğu zaman bu akdi fâsit kılar. Fakat teberruât (hibe, sadaka), tevsikat (rehin, kefâlet) ve evlilik akdi gibi bedelsiz akitlerde konulacak fasit şart yok (lağv) sayılır ve bunlar geçerli olarak meydana gelir.

Meselâ; bir yıl parasız oturmak şartıyla bir daire satılsa bu satım akdi fasit olurken, bir nikah akdinde kadının geçimini kendi gelirinden karşılayacağı şart koşulsa, bu şart yok sayılır ve nikah akdini etkilemez.

Diğer yandan bir İslâm toplumunda taraflardan birisine üstün yarar sağlayan bazı fâsit şartlara başvurulması örf halini almış olabilir. Bu takdirde “örf” deliline dayanarak bu şartın geçerli olduğuna hükmedilir. Bir firmanın bir yıl süreyle tamir ve bakımını ücretsiz olarak yapmak şartıyla beyaz eşya veya bilgisayar gibi mallarını satmasını buna örnek verebiliriz. Bu uygulama bir belde teâmül halinde yaygınlaşınca meşrû olur.

2.1.7. Bey’in Umumi Hükümleri

Alım satım muamelesinin meşruiyetinin kitap, sünnet ve icma ile sabit olduğunu belirtmiştik. Alım satım işlemi esasen mübah olan bir işlemdir. Ama bazı durumlarda vacip, bazen mendub, bazen mekruh veya haram olmaktadır. Mesela: Bir kimseye hayatını kurtaracak bir şeyi satmak vaciptir. Satılması vadedilip satılmasında zarar olmayan bir şeyi satmak mübahtır. Cuma namazı vaktinde alışveriş yapmak Hanefilere göre mekruh, diğer imamlara göre haramdır. İçki, domuz eti gibi şer’an haram olan şeyleri alıp satmak haramdır. vb.

Alışverişte belli bir süre için borçlanılmış ise, bu borcu yazmak fakihlerin geneline göre menduptur. Kur’an-ı Kerim’deki: “*Ey İman edenler! Belirlenmiş bir süre için borçlandığınız vakit onu yazın*” (Bakara 2/282) emri nedbe delalet eder. Böyle bir yazma olayı inkâr etme ihtimalini ortadan kaldıracığı için müstahsendir ve ihtiyata uygundur. Zahiri mezhebi burada da farklı bir görüş beyan edip söz konusu ayeti delil göstererek burada “emir vücub ifade eder” görüşünden hareketle, belirlenmiş bir süre için borçlanıldığı vakit onu yazmanın farz olduğunu söylemiştir.

DEĞERLENDİRME SORULARI

1. Hangisi borcun sona ermesinin yollarından biri değildir?

- A) İfa
B) Yenileme
C) Fakirlik
D) İbrâ
E) Takas

2. Bir borcun önceden var olan borcun yerini almasına ne denir?

- A) İfa
B) Yenileme
C) Fakirlik
D) İbrâ
E) Takas

3. İbrada temlik mânası bulunduğunu kabul eden mezhep hangisidir?

- A) Hanefî
B) Malikî
C) Şafîî
D) Haneblî
E) Hepsi

4. Aşağıdakilerden hangisi Hanefilere göre bey' akdinin sıhhat şartlarıyla ilgili değildir?

- A) Akdi yapanlarla ilgili şartlar
B) Akdin bizzat kendisindeki şartlar
C) Akdin yeriyle ilgili şartlar
D) Akdin konusuyla ilgili şartlar
E) Akdin zamanıyla ilgili şartlar

5. Yapılan bey' akdinin sahih olabilmesi için mebi' de aranan şartlardan biri de mebi'in mütekavvim olması gerekir.

Yukarıdaki cümlede altı çizili sözcükle aşağıdakilerden hangisi kastedilmektedir?

- A) Tarafları çözülmesi güç olan bir anlaşmazlığa düşüren çok bilinmezlik
B) Bir kimseyi razı olmadığı bir işi yapmaya zorlamak
C) Yararlanılması şer'an caiz olan
D) Teslimi mümkün olan
E) Her iki taraf için de bilinen bir şey olması

DOKUZUNCU HAFTA

ÜNİTE VIII:

İSLAM BORÇLAR HUKUKU III (ÖZEL BORÇ İLİŞKİLERİ)

KONULAR

1. Selem Akdi
2. İstisnâ' Akdi
3. Ariyet (Ödünç) Akdi
4. Hibe
5. İcâre (Kira) Akdi
6. Sarf Akdi
7. Karz (Borç)
8. Vedîa (Eminet) Akdi
9. Rehin
10. Kefâlet
11. Havâle

AMAÇLAR

1. Alıveriş akdinin dışında kalan diğer akit türleri hakkında bilgi sahibi olmak
2. Diğer akit türlerini akit teorisi çerçevesinde değerlendirebilmek
3. Diğer akit türlerinin bey' akdiyle olan ilişkisini kavramak

HAZIRLIK SORULARI

3. Akit türlerinden bildiklerinizi söyleyerek kısaca tanımlayınız.
4. İnternette alıverişin İslam hukuku açısından geçerliliği üzerinde tartışınız.

ÖZEL AKİT TÜRLERİ

1. Selem Akdi

Selem, cinsi, türü, miktarı, özellikleri, teslim zamanı belirlenmek şartıyla para peşin mal veresiye yapılan akit demektir. Selem akdinin taraflarından müşteriye rabbu's-selem, satıcıya müslemun ileyh, akdin konusuna muslemun fih, peşin ödenen semene ise, ra'su'l-mal ya da ra'su mâli's-selem denir. Selem akdi *selef* şeklinde de isimlendirilir.

Bey'in bir alt türü mahiyetindeki selem ile dar anlamıyla bey' arasında iki temel fark vardır. Birincisi, bey' akdine konu edilen mal (mebî') akit esnasında mevcut ve belirlenmiş iken, selemde tür ve özellik itibariyle muayyen hale getirilmiştir. İkinci fark ise, bey'de semen peşin olduğu gibi vadeli de olabilir; selemde ise peşin olmak zorundadır. Benzer yönleri bulunmakla birlikte selemi, bir eser meydana getirilmesi üzerine kurulu istisnâ sözleşmesinden ayıran temel özellik ise, seleme konu edilen malın, piyasada benzerleri bulunan standart mal olmasıdır. İstisnâ'da ise standart dışı özel bir ürün siparişi söz konusudur.

Selem meşruiyetini, borçlanmaları düzenleyen âyet (Bakara 2/282) yanında, Hz. Peygamber (sav)'in açık beyânı ve ümmetin ortak kabulünden (icmâ) almaktadır. Allah Rasülü (sav) Medine'ye hicret ettiğinde Medine'li müslümanların tarım ürünlerini peşin bedelle ve belirsiz vadelerle sattıklarını görünce, onlara, "Kim selem yaparsa, ölçeği, miktarı ve vadesi belirlenmiş olmak üzere yapsın" buyurmuştur (Buhârî, Selem, 1)

Hanefilere göre salt irade beyanlarıyla, cumhura göre ise buna ilaveten taraflar ve işlemin konusu ile kurulan selem sözleşmesinin, hukukî geçerliliğinden söz edebilmek için aranan şartlar şunlardır:

a. Karşılıklı bedeller mütekavvim mal olmalıdır.

b. Karşılıklı bedeller belirlenmiş (malum) olmalıdır. Semen peşin olması zorunlu olduğundan bu şart daha ziyade seleme konu edilen malla (muslemun fih) ilgilidir. Bu noktada özellikleri belirlenip zimmet borcu olabilen her türlü mal selem sözleşmesine konu olabilir. Hayvan, yumurta, karpuz gibi malların seleme konu olup olamayacağıyla ilgili doktrindeki tartışmalar, bu nevi mallarda, belirsizliği gidermenin mümkün olup olmamasıyla ilgilidir.

c. Ra'su'l-mâl peşin olmalıdır. Cumhur fıkıh bilginleri ra'su'l-mâlin akit meclisinde kabzını, akdin sıhhat şartı olarak değerlendirirken, mâlikîler, kabzın makul bir süre gecikmesinde bir sakınca görmemişlerdir.

d. Muslemun fih piyasada mevcut olmalıdır. Seleme konu edilen mal, nev'an muayyen bir cins borcu mahiyetindedir ve cins borcunun prototipini oluşturur. Hanefiler, malın vade süresince piyasada mevcut olmasını gerekli görürken cumhür fıkıh bilginleri, vade tarihinde normal şartlarda temin edilebilir olmasını yeterli saymışlardır.

e. Muslemun fihin vadesi belirlenmiş olmalıdır. Şâfîiler, selem akdi için malın vadeli olmasının şart olmadığı kanaatindedirler. Diğer mezheplere göre ise, malın vadeli olması

yapılacak akdin selem olmasının şartıdır. Muslemun fihin ifâ zamanı konusunda öncelikle sarîh irade açıklaması, bunun bulunmaması halinde ise örf dikkate alınır.

f. Malm teslimi belli bir külfeti gerektireceğinden, muslemun fihin ifâ yeri tayin edilmiş olmalıdır (Mecelle, md. 386).

g. Akit ribâyâ yol açmamalıdır. Bunun için karşılıklı edimlerin ribevî mallardan meydana gelmesi halinde, vade ribâsı oluşmayacak şekilde gerekli ayarlama yapılmalıdır.

2. İstisnâ' Akdi

Belirli bir ücret karşılığında özellikleri belirlenmiş bir malın imal edilmesini konu edinen akde istisnâ' (استصناع) denir. Sipariş verene mustesni' sipariş kabul eden kişiye sâni', sipariş verilen/imâl edilecek olan mal veya esere ise masnu' denir (Mecelle, md. 124).

İstisnâ' akdi meşmiyetini Sünnet'ten ve icmâdan alır. Hz. Peygamber (sav) sipariş suretiyle Mescid-i Nebevi için bir minber, kendisi için de bir yüzük yaptırmıştır (el-Buhârî, Buyü, 32). İlk nesillerden itibaren ümmetin bilginleri istisnâ' sözleşmesinin meşruiyeti konusunda fikir birliği etmişler, müslüman toplumlarda da bu nevi uygulamalar hep olagelmıştır. Standart dışı mallara duyulan ihtiyaç, istisnâ' suretiyle karşılanmıştır.

Cumhür fukahâ istisnâ' sözleşmesini selem kapsamında değerlendirirken, hanefiler müstakil bir hukukî işlem olarak ele almışlardır. Bu arada bazı hanefî fakîhleri istisnâ'ın bir akit değil, vaat olduğu görüşünü savunmuşlardır. Buna göre sipariş veren semeni ödemeye, sipariş kabul eden de, söz konusu malı imal etmeye zorlanamaz. Malın imal edilip sipariş verene teslimi halinde ise, bir satım sözleşmesi gerçekleşmiş olur. Hanefîlerin cumhüruna göre ise istisnâ' bir akittir; örf de bu anlayışı destekler biçimde gerçekleşmiştir.

Genel akit teorisinde söz konusu edilen akdin kuruluş ve geçerlik şartları, istisnâ' akdi için de aynen geçerlidir. İstisnâ' sözleşmesinin en önemli unsurunu şüphesiz ısmarlanan eser oluşturur. İşlemin hukukî geçerliliği için, diğer şartlarla birlikte ısmarlanan eserin, taraflar arasında anlaşmazlığa ve haksız kazanca sebep olmayacak şekilde cinsinin, çeşidinin, miktarının, özelliklerinin, teslim yerinin ve zamanının, teslim masraflarını kimin üstleneceğinin belirlenmiş olması gerekir. Bu nevi hususlarda örtün önemli etkisi söz konusudur.

Doktrinde farklı bazı değerlendirmeler bulunmakla birlikte, akdin konusu iş ve emek değil, özellikleri belirlenmiş eser (ayn) olduğundan, sipariş kabul eden kişi, eseri bizzat kendisi imal etmek zorunda değildir; belirlenen vasıta bir malı teslim etmekle taahhüdünü yerine getirmiş olur. Bununla birlikte özel maharet isteyen işlerde ve sözleşme sırasında sanatkârın kimliğinin açıkça belirtildiği hususlarda, teslim edilecek eser bizzat söz konusu şahıs tarafından imal edilmiş olmalıdır.

Selemde semenin peşin olması zorunlu iken, istisnâda böyle bir zorunluluk yoktur; tamamı peşin ya da teslimden sonra olabileceği gibi taksitli de olabilir.

İstisnâ' akdinin bağlayıcılık vasfı konusunda doktrinde farklı değerlendirmelere rastlanır. Genel kanaat, bağlayıcı (lâzim) olmadığı şeklinde olmakla birlikte, günümüzde istisnâ' akidlerinde meydana gelen büyük farklılaşmalar, bu nevi sözleşmelerin bağlayıcı kabul

edilmesini zorunlu kılmaktadır. Zira her türlü taahhüt işleri istisnâ' kapsamına girmiştir. Bu usulü işleyenler, kişisel ihtiyaçlarını karşılamaktan ziyade ticaret ve pazarlama amacı gütmekte, işlemler kuruluşlar düzeyinde gerçekleşmekte ve uluslararası seviyede cereyan etmektedir.

Eserin belirlenen özelliklere uygun imal edilmemesi gibi makul sebep bulunmaksızın sipariş veren, malı reddetme hakkına sahip değildir (Mecelle, md.392).

3. Ariyet (Ödünç) Akdi

Bir malın menfaatinden karşılıksız olarak yararlanıp sahibine iade etme şeklinde gerçekleşen akde âriyet denir. Ödünç veren muîr, ödünç alan musteîr, ödünç verilen mal muâr, musteâr veya âriyet, ödünç alma işi ise istiâra şeklinde isimlendirilir.

Bey', selem ve istisnâ' sözleşmelerinde bir malın bedelli temlikî söz konusu idi. Ariyette ise, malın menfaatinden karşılıksız olarak belirli bir süre yararlanma vardır. Bu mahiyetiyle âriyet, kurbet ve yardımlaşma amacı taşıyan bir işlemdir. Kuruluşunun karşılıklı iradeye bağlı oluşu itibariyle ise sayılan üç borç ilişkisine benzemektedir. Ariyet akdinin temel özelliği, belli bir süreyle kayıtlı olması, malın tüketimini değil kullanımını (intifâ) konu edinmesi ve bu yararlanmanın bedelsiz olmasıdır.

Ariyetle sahip olunan yetki, hanefî ve mâlikîlere göre milk, şâfiî ve hanbelîler ile hanefîlerden el-Kerhî'ye göre ibâha niteliğindedir. Birinci görüşe göre musteîr, âriyet konusu nesneyi (muâr), kullanana göre farklılık göstermeyen kişilere iâre edebilir. İkinci görüşe göre ise âriyet, menfaatin ibâhası olduğundan, başkasına ibâha edilemez; müsteîr yalnızca kendisi kullanabilir.

Ariyet konusu nesnenin, âriyet verenin izni ile hukuken bağlayıcı bazı işlemlere konu edilmesinin câiz olduğu hususunda ittifak vardır. Söz gelimi bir borca karşılık rehin vermek amacıyla âriyet alınabilir. Rehnu'l-musteâr denilen bu uygulama İslâm hukukçularının ittifakıyla câizdir ve âriyet veren, borç ödenmeden iâreden dönemez.

Muîrin izni olmadan muârın bağlayıcı işlemlere konu edilmesi ise, farklı değerlendirmelere yol açmıştır. "Bir yetki, kendisine göre daha büyük ve güçlü olan yetkileri içermez", "Kuvvetli zayıfa tâbi kılınmaz" yaklaşımından hareketle hanefîler, muârın, rehin ve kira gibi lâzım akitlere konu edilemeyeceği görüşünü benimsemişlerdir. Mâlikîler ise, âriyetle kazanılan yetkinin milk nitelikli olmasından hareketle, sözleşmede belirlenmiş olanın aksine bir hüküm bulunmadığı sürece muârın, bağlayıcı hukukî işlemlere de konu edilebileceğini söylemişlerdir.

Mâlikîler dışındaki İslâm hukukçularına göre âriyet, gayr-i lâzimidir. Bu görüş, Mecelle'de (md. 806) "Muir istediği vakit iâreden rucü edebilir" şeklinde kanunlaştırılmıştır. Mâlikîler süre tayin edilen ya da bir iş üzerine yapılan iârenin bağlayıcı olduğunu söylerler. İâre konusu nesnenin mahiyeti ve iârenin amacına göre, maksat tahakkuk edinceye kadar işlem bağlayıcı kabul edilmelidir. Ariyet mahallinin mahiyeti ve amacın tayini ise, aksine bir hüküm bulunmadığı sürece örfen belirlenir. Nitekim prensip itibariyle âriyeti bağlayıcı görmeyenler de, rucüun müsteîre zarar vermemesi gerektiğini, böyle bir durumun ortaya

çıkacağı hallerde işlemin bağlayıcılık vasfı kazanacağını belirtmişlerdir. Bu noktada yararlanma karşılığı ücret (ecr-i misil) istenip istenmeyeceği hususunda farklı değerlendirmeler vardır.

Ödünç alınan nesneden yararlanmada, işlemin kuruluşu sırasında belirlenen şartlar bağlayıcıdır. Akitte herhangi bir belirlemede bulunulmamış (mutlak iâre) ise, malın mahiyeti ve işlemin amacına göre yararlanma çerçevesi örfün gereklerine göre tayin edilir. İradî ve örtü şartlara aykırı kullanımlar âriyet alan için bir teaddî (hukuka aykırılık) teşkil eder ve âriyet alınan malda zarar ve ziyanın meydana gelmesi durumunda tazmin yükümlülüğü doğar.

4. Hibe

Bir malın bedelsiz olarak başka bir şahsın mülkiyetine geçirilmesine hibe denir. “Hibe, bilâ ivaz bir malı âhara temlîktir” (Mecelle, md.833). Bu hukukî işlemin taraflarından hibede bulunana vâhib, hibede bulunan kişiye mevhüb leh, hibe edilen mala ise mevhüb denir.

Bedelsiz olma hibeyi bey’den, mülkiyetin nakli (temlik) ise âriyet ve karzdan ayırır. Hayatta iken gerçekleşen ve hükümlerini doğuran bir işlem olması yönüyle de hibe, vasiyetten farklılık gösterir.

Kendisine hibede bulunan şahsın, şart koşulmaksızın kendiliğinden bu hibeye karşılık hibede bulunması, ilk işlemi hibe olmaktan çıkarmaz. Şart koşulması durumunda ise, işlem hibe değil, satım hükmünü alır. İvazsız olma ve temlik unsurları hibenin, tek taraflı kazandırıcı bir temlik işlemi olduğunu gösterir.

Hanefilere göre hibe akdi, hibede bulunanın bu yöndeki irade açıklamasıyla kurulur; kendisine hibede bulunan şahsın kabul ve kabzı ile hükümleri işlerlik kazanır. Dolayısıyla kabz, hibenin vücut bulmasının değil, hibenin hükümlerinin (malda mülkiyet gibi) işlenmesi şartıdır. Mecelle’de (md. 837, 841), hibenin karşılıklı irâde beyanlarıyla kurulacağı, hibede kabzın, satım akdindeki kabulün yerini tuttuğu ifade edilmiştir” Cumhur ise akitlerdeki genel kuralı burada da işletmek suretiyle hibenin icâb ve kabul ile kurulacağını söylemişlerdir.

Hibe teberru akitlerindedir. Yani hibede bulunan açısından maddî anlamda sırf zarar, hibeyi kabul eden bakımından ise sırf yarar niteliğindedir. Bu itibarla hibede bulunacak kişinin tam ehliyetli olması şarttır. Mecelle bu hususu, “Vâhibin âkil ve bâliğ olması şarttır” şeklinde ifade etmiştir (md. 859). Dolayısıyla reşit ve mümeyyiz olmayanların malından velî ve vasîleri de dâhil hiç kimse hibede bulunamaz. Yaş küçüklüğü, delilik, bunaklık, borçluluk, ölçüsüz savurganlık (sefeh) sebebiyle mahcur olanların da hibesi geçersizdir. Ölümcül hastanın hibesinin geçerli olup olmadığı hususunda farklı bazı değerlendirmeler bulunmaktadır. Vasiyete benzetilerek terekenin üçü birini geçmemesi ve hak sahiplerinin (alacaklı ve vârisler) onayına (icâzet) bağlı olması gerektiği şeklinde görüşler vardır (Mecelle, md. 877-880).

Kendisine hibede bulunan kişinin ise, hakikî veya hükmi şahıs olması ve o sırada hayatta bulunması yeterlidir. Eksik ehliyetlilere yapılan hibe, kural olarak kanunî temsilciler tarafından teslim alınır (kabz). Bununla birlikte mümeyyiz küçüklerin hibeyi bizzat

kabzetmeleri geçerlidir. İmâm Mâlik'in dışındaki fukahâ çoğunluğuna göre cenîne vasiyet câiz ise de, hibede bulunmak câiz değildir.

Bey' akdinde mebi' olabilen her şey, kural olarak hibe edilebilir. Bu noktada hanefiler, teslim edilebilirlik konusunda titizlik göstermek suretiyle bazı daraltmalarda bulunurken, bilhassa mâlikîler, malın mevcut olması, mülkiyette olması, tesliminin mümkün oluşu gibi garar ihtimali bulunan hususlarda daha müsamahalı bir tavır benimsemişlerdir.

Hibe, bedelsiz temlik özelliği ile teberrü mahiyetinde bir işlem olduğundan prensip olarak hibede bulunan için bağlayıcı değilse de, şu durumlarda vâhib hibeden rucü edemez.

- Hibe, mahrem akraba ya da karı-koca arasında gerçekleşmişse
- İvazlı (karşılıklı) ise
- Mevhüb, mevhübu lehin mülkiyetinden çıkmış ya da malda fiilî veya hukukî bir değişiklik meydana gelmişse
- Taraflardan birisi ölmüşse

5. İcâre (Kira) Akdi

Türkçe karşılığı kira olan icâre, bir malın menfaat mülkiyetinin belirli bir süre için ücret karşılığında devredilmesini konu edinen sözleşmedir. Malını kiraya verene mûcir, kiralayana müste'cir, kiralanan mala ise mûcer denir.

Fıkıh literatüründe ele alındığı şekliyle icâre akdi, hem menkûl ve gayr-i menkûl eşyanın kullanımı ile hayvan kiralamayı konu edinen kira akdini, hem de insanın çalışmasını konu edinen iş sözleşmelerini içeren bir genişliğe sahiptir. İnsan icâresi, emek üzerine kuruludur ve iş görme borcu doğurur. İcârenin bu türü de, süre ve iş/amel üzerine kurulan icâre olmak üzere iki kısma ayrılır.

İcâre, taraflardan biri için menfaati teslim, diğeri için de bedeli ödeme borcu doğuran iki taraflı ve bağlayıcı (lâzim) bir akittir. Başlangıçta menfaat mevcut olmayıp icâre süresince peyderpey ortaya çıkmaktadır. Bu yönüyle ma'dumun satışı mahiyetinde olduğundan, bu mahiyetteki bir işlemin meşruiyetini fukahâdan bir kısmı kıyâsa aykırı olarak nassla sâbit olma biçiminde açıklamışlar; bir kısmı ise, menfaatin oluşumuna paralel akdin sürekli yenilenmesiyle izah etmişlerdir.

Karşılıklı borç doğuran temlikî bir akit olması itibariyle kira sözleşmesinin taraflarının tam ehliyetli olması gerekir.

Dinin ve hukukun ilke ve amaçlarıyla çelişmeyen her türlü amaç için kira sözleşmesi yapılabilir.

Bey' akdinde semen olabilen her şey icâre akdinde ücret olabilir.

Kiralanan bir malda aynı anda iki şahsın hakkı bulunmaktadır. Ancak bu mülkiyet her ikisi için de tam değil nâkıs mülkiyettir. Çünkü kiracı, kira konusu nesnenin sırf menfaatine mâliktir (milku'l-menfaa bilâ ayn); kiraya veren de yalnızca ayna mâliktir (milku'l-ayn bilâ menfaa).

Genel mülkiyet hükümleri gereği hem ayn mâliki, hem de menfaat mâliki, kendi mülkünde istediği gibi tasarrufta bulunma yetkisine sahipse de, bu hak başka kişilerin

haklarından bağımsız ve müstakil olmadığından, her ikisinin de diğerinin zarar görmesine sebep olacak davranışlardan kaçması zorunluluğu vardır. Zarar konusunda ölçüt ise, malın özelliği, konumu, tasarrufun mahiyeti gibi hususlara bağlı olarak örfdür.

Sürenin bitmesiyle birlikte icâre sona erer. Fakat icâreden maksadın hâsıl olmaması ve bu halin muste'cire zarar vermesi durumlarında, emsal ücret karşılığı kira sözleşmesi zorunlu olarak uzatılır. Söz gelimi bir araç nakliye için kiralanır, fakat maksat gerçekleşmeden kira süresi dolarsa, nakliye tamamlanıncaya kadar sözleşme uzatılır.

6. Sarf Akdi

Mecelle'de "Nakdi nakde bey' itmektir ki, Türkçe akçe bozmak tabir olunur" (md. 10]) şeklinde ifade edilen sarf, hakikî ve itibarî paraların birbirleriyle veya diğer paralarla değişimi demektir.

Fıkıh doktrininde sarfla ilgili hükümlerin ve ileri sürülen şartların temel amacı, faize geçit vermeden paranın parayla değişimini sağlamaktır. Nitekim riba yasağını düzenleyen hadislerde, altın ve gümüş kendi cinsleriyle mübâdele edilecekse, bedellerin eşit ve peşin olması, değişimin farklı cinsler arasında meydana gelmesi halinde ise, sadece bedellerin peşin ödenmesi şart koşulmuştur (Muslim, Musâkât, 75-85). Dolayısıyla sarf akdinin en önemli unsurunu bedellerin peşin olması oluşturur. Öyle ki, kabzetmeden sarf bedelinde tasarrufta bulunmak câiz değildir.

Akit ehliyetine sahip kişilerin karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulan sarf akdinin başlıca şartları şunlardır:

a. Bedeller para veya para hükmünde olmalıdır. Para denildiğinde fıkıh literatüründe ilk olarak akla altın ve gümüşten üretilmiş sikkeler (dinar ve dirhem) gelir. Bunların, külçe, kalıba dökülmüş, işlenmiş, onun bir parçası haline gelecek şekilde başka bir eşyanın içine yedirilmiş ya da karışmış olması, mübâdele bakımından sarf hükümlerine tâbi olmayı değiştirmemektedir. Başka metallere basılmış paralar (fels) ile günümüzdeki kağıt paraların değişiminde de sarf hükümleri uygulanır.

b. Değişimi yapılan bedeller aynı cinsten ise, miktarları eşit olmalıdır (mumâselet). (Bu şartın dayandığı hadisler için bkz. Muslim, Musâkât, 82, 88, 89-92). Fıkıh bilginleri eşitliğin sağlanmasında ayar ve işçilik farkının dikkate alınmayacağını ifade etmişler, göz kararıyla veya tahmine dayalı (cüzâf) yapılan işlemleri fâsid saymışlardır.

c. Taraflar birbirinden ayrılmadan karşılıklı bedeller kabzedilmelidir. Bu şart, veresiye faizine (ribe'n-nesîe) düşmemek için aranır. Tarafların birbirinden ayrılması, akit meclisini sonlandıran davranışlarda (başka bir işle ilgilenme gibi) bulunmayı değil, beden ayrılmayı ifade eder.

7. Karz (Borç)

Bir kişiye tüketim amaçlı olarak para veya mislî eşya türündeki bir malı borç vermeye karz, bu şekilde gerçekleşen akde ise karz akdi denir. Borç istemeye istikrâz, borç isteyene mustakriz, borç verene (alacaklıya) mukriz, borç verilen mala ise mukrez denir.

Amaç ve işlev bakımından paralellik gösteren karz ile âriyeti birbirinden ayıran önemli husus, karzda yararlanıldığında tüketilen belli bir mislî mal söz konusu iken, âriyette mal tüketilmemekte, sadece kullanılmaktadır.

Karz, maddî bir karşılık ya da ilişki söz konusu olmaksızın sırf bir insanın sıkıntısını giderme amacıyla yapılan iyilik olması itibariyle âyet ve hadislerde övülmüştür. “Kim bir müslümanın dünya sıkıntılarında birini giderirse, Allah da onun ahiret sıkıntılarında birini giderir. Kul, kardeşinin yardımında olduğu sürece Allah da onun yardımındadır” (Buhârî, Mezâlim, 3). “Sadaka on misliyle, karz on sekiz misliyle mükafatlandırılır”, “İki defa borç vermek, bir kere sadaka vermek gibidir” (İbn Mâce, Sadakât, 19).

Teberru işlemlerinden olması itibariyle karz, bağlayıcı olmayan akitlerdendir; dolayısıyla borç veren kişi verdiği borcu istediği zaman talep edebilir. Başlangıçta süre tayin edilmesi de, karzın gayr-i lâzım oluşunu etkilemez. Bununla birlikte borç alanın sıkıntıya girmesine ve mağduriyetine sebep olmamak bakımından bilhassa süre belirlenen karz işlemlerinde vadeye bağlı kalınması dinî-ahlakî bir gerekliliktir. Mâlikîler ile bazı hanbelî fakîhlere göre, karz akdinde süre muteber ve bağlayıcıdır.

Afiyet, hibe, vedâ, rehin akitlerinde olduğu gibi karzın da tamamlanması için teslim şarttır. Ariyet ve vedâdan farklı olarak karz, emanet akitleri grubunda değil, tazmin sorumluluğu yükleyen sözleşmeler grubunda yer alır. Şu halde karz sözleşmesinin temel özellikleri, aynî, tazmin sorumluluğu doğuran, bedelsiz, gayr-i lâzım bir akit olmasıdır.

Bir mahal üzerinde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulan karz akdinde, borç verenin teberra ehliyetine (tam edâ ehliyeti) sahip olması gerekir. Dolayısıyla gayr-i mümeyyiz çocuk karzda bulunamaz.

Karz sözleşmesinin konusunu oluşturan mal, ayn olmalı, mislî mal olmalı ve karz verene bir menfaat sağlamamalıdır. Menfaatin karza konu olamayacağı hususunda mezhepler arasında görüş birliği bulunmaktadır. Karzı selem bir türü olarak görme eğilimi taşıyan mâlikî, şâfiî, hanbelî ve ca'ferî mezheplerine göre, selem akdine konu olabilen her şey (cinsi, miktarı, özellikleri belirlenen mal ya da eser), karz sözleşmesine de konu olabilir.

Karzın, sevap beklenen bir iyilik mahiyetinde olması sebebiyle, bu sözleşmeyle şart koşularak elde edilen her türlü yarar, faiz yasağı kapsamında değerlendirilir ki, buna fıkıh literatüründe ribe'l-kurüz (karz ribası) denir. Arabasını kendisine satması veya ödemeyi fazlasıyla yapması şartı gibi. Bu husus literatürde, “menfaat getiren her karz faizdir” şeklinde formüle edilmiştir. Şart koşma, işlemin kuruluşu sırasında iradeye dayalı olarak gerçekleşebileceği gibi, yerleşik örf sebebiyle de' olabilir. Ancak iradî ya da örü bir şarta bağlı olmaksızın borç alanın mukrize ilave bir ödemede bulunmasında, hediye vermesinde herhangi bir mahzur yoktur. Nitekim Rasül-i Ekrem (sav), “En iyiniz borç ödemesini en güzel şekilde yapanınızdır” buyurmuştur (Buhârî, İstikrâz, 4, 637; Muslim, Musâkât, 118-122).

Karz akdi, borcun ödenmesiyle sona erer. Borç alan, karz olarak alınan malı, karz verene misliyle ve zamanında ödemekle yükümlüdür. Bu, diyânî olduğu kadar kazaî bir borçtur.

Nitekim hadislerde borcun zamanında, hatta mümkünse vadesinden önce ödenmesi tavsiye edilmiş; imkânı olduğu halde kişinin borcunu ödemeyi geciktirmesinin zulüm, ödeme niyeti olmaksızın borçlanmanın ise hırsızlık olduğu belirtilmiştir. İhtiyaç içindeki kimselere borç verilmesi, borçlunun sıkıştırılmayıp gerekirse mühlet verilmesi de âyet ve hadislerde yer alan tavsiyelerdendir (Buhârî, İstikrâz, 12; Müslim, Musâkât, 33).

8. Vedâ (Eminet) Akdi

Bir kişiye koruması için bir malın emanet edilmesine ve bu şekilde emanet edilen mala vedâ denir. Emanet bırakan mûdi', emanet edilen kişi mûda veya mustevda', emanet bırakma işlemi ise îda' şeklinde ifade edilir.

Ayet ve hadislerde emânetlerin muhafazası ve ahde bağlılık övülmüş: emanete hıyânet nifâk göstergesi sayılmıştır (Al-i İmrân, 3/76; Nisâ, 4/58; Mü'minün, 23/8; Musned, II, 357). Hukukî meşruiyetini bu tür nasslardan ve müslüman toplumun süregelen uygulamasından alan vedâda, kişinin, başkasının malını muhafaza hususunda, gücünü/imkanını/dikkatini her hangi bir bedel talep etmeksizin ortaya koyması söz konusudur. Bedelsiz oluşu yönüyle vedâ kiradan ayrılır. Diğer yandan vedâ, karşılıksız menfaat sunumu açısından âriyetle paralellik göstermektedir. Bununla birlikte âriyette yararlanılmak üzere sunulan şey mal iken, vedâda kişinin gücünden/imkanından faydalanılmaktadır.

Vedia, gayr-i lâzım akitlerdendir; taraflar istedikleri zaman akitten rucü edebilirler. Diğer yandan vedâ, emanet akitleri grubuna dahildir. Dolayısıyla mûda' (kendisine emanet bırakılan), malı muhafazada kusur göstermediği (taksir) ya da aşırı davranış sergilemediği (teaddî) sürece tazminle sorumlu değildir. Emanet akitlerinden olmanın bir gereği olmak üzere vedâ, emanet bırakanın mülkiyetinden çıkmadığından, malda meydana gelecek her türlü artış ve elde edilen gelirler mûdi'e aittir.

Mustevdâ'nın ölümü vedâyı etkilemez; vârisleri ya da kanunî temsilcisi tarafından mal muhafaza edilmeye devam edilir.

9. Rehin

İslâm eşya hukukunda sınırlı aynî haklardan olan rehin, bir malın bir alacağa karşılık aynî teminat olmasını sağlayan akit ve bu akde konu olan mal demektir. Rehin verene (borçluya) râhin, rehin alana (alacaklıya) mürtehin, rehinle teminata bağlanan hakka merhün bih, rehin konusu mala ise rehin ya da merhün denir.

Başkasına ait bir malın rehin vermek üzere ödünç (âriyet) alınmasına ise, er-rehnu'l-musteâr denir. Borç, tamamen ve gereği gibi ödenmediği sürece râhin, esasen mâliki bulunduğu rehne kavuşamaz. Bir malı rehin durumundan çıkarmaya fekku'r-rehn veya fikâku'r-rehn denilir. Rehin ve ipotek, mâlî bir hakkın yine mal ile güvenceye bağlanmasını, kefâlet ise şahıs ile teminata alınmasını ifade eder.

Kur'ân-ı Kerîm'de, yolculuk halinde ve alacağın hukukî vesîkayla tespit imkanının bulunmaması durumunda rehin alınması tavsiye edilmiş (Bakara, 2/282), Hz. Peygamber (sav) de, bir yahudiden veresiye satın aldığı tahıl için zırhını rehin bırakmıştır (Buhârî, Rehn,

2, Selem, 6, Buyü', 14, 33). Allah Rasülü (sav)'nün bu uygulaması, rehinin meşruiyetinin, yolculuk gibi mahrumiyet durumlarıyla sınırlı olmadığını da göstermektedir.

Rehin, veren açısından bağlayıcı (lâzım), mürtehin bakımından ise bağlayıcı olmayan (gayr-i lâzım) bir akittir. Bazı mezheplerde farklı yaklaşımlar bulunmakla birlikte, genel kanaate göre rehin teberrü nitelikli akitlerdendir; dolayısıyla tarafların teberrü ehliyetine sahip olması gerekir. Hanefiler mümeyyiz küçük ve sefihin kanunî temsilcilerinin izin ya da icâzetiyle rehin verip alabileceğini söylerler. Mâlikîler de benzer görüşe sahiptirler. Şâfiîler bu kişilerin rehin akdine taraf olamayacağını söylerken, hanbelîler rehin alabileceklerini fakat veremeyeceklerini savunmuşlardır.

Alacak haklarının (deyn) rehinle teminat altına alınabileceği hususunda ittifak vardır. Hizmet akdinden doğan yapma borcu gibi zimmette sâbit olabilen menfaatler için de rehin alınabilir. Kiralanan belli bir evden yararlanma gibi zimmette sâbit olmayan bizatihî menfaatler karşılığında rehin almanın mümkün olup olmadığı hususunda mezhepler arasında farklı değerlendirmeler söz konusudur. Şâfiîler bu hususta olumsuz bir yaklaşım benimsemişler; diğer mezhepler ise, vedîa, âriyet gibi tazmin sorumluluğu bulunmayanlarda rehin alınmasını câiz görmemişler, helaki halinde tazmin gerekenlerde ise câiz kabul etmişlerdir.

Rehin verilecek malın, akit anında mevcut, teslimi mümkün ve mutekavvim (müslümanlar açısından hukukî değere sahip) olması gerekir. Aynı şekilde rehinin, rehin verene ait bir takım haklarla meşgul olmaması da gerekir. Diğer mezheplere göre ise, satım akdine konu olabilen her mal rehin olabilir. Öte yandan rehinin, rehin verenin mülkiyetinde olması gerekmez; başkasından âriyet alınmış bir mal sahibinin izni ile rehin verilebilir (rehnu'l-musteâr). Bu durum, murtehinin zilyedlik ve hapis hakkını değiştirmedikten, muîr, borç ödenmeden rehini geri alamaz.

Menkul mallarda murtehinin rehini kabzı, fiilî zilyedlikle gerçekleşir. Gayr-i menkullerde ise, murtehinin rehine el koymasına hukukî ve fiili engel bırakmayacak şekilde rehin edenin o maldan el çekmesi (tahliye) yeterlidir. Rehlin sözleşmesinin tarafları rehinli malı güvendikleri bir kişiye (adl) vermek hususunda anlaşabilirler. Bu durumda güvenilen şahsın zilyedliği (yed-i adl) murtehinin zilyedliği gibi kabul edilir (Mecelle, md.752).

Rehinli mal üzerinde hem rehin verenin hem de rehin alanın hakkı bulunmaktadır. Bu itibarla taraflar, diğerinin zarar görmesine sebep olacak tasarruflarda bulunamazlar.

Rehin sözleşmesi mürtehine, borcun vadesinde ve gereği gibi ödenmemesi halinde, rehin bırakılan malın satılarak bedelinden alacağını tahsil imkanı tanır. Bu noktada rehinin ikinci fonksiyonu, rehinli alacaklıyı diğer alacaklılar karşısında imtiyazlı yapmasıdır. Ölüm, iflas gibi durumlarda öncelikle rehinli alacaklının hakkı ödenir.

Rehin sebebi borcun eksiksiz olarak ödenmesiyle rehin sona erer. Merhûnun tamamı alacağın her bir parçası karşılığında rehnedilmiş olduğundan, borcun kısmen ifası onda herhangi bir değişiklik meydana getirmez.

10. Kefâlet

Bir hakkın mal ile güvenceye bağlanmasına rehin, şahısla teminat altına alınmasına ise kefâlet denir. Diğer bir ifadeyle kefâlet, bir hakkın elde edilmesi hususunda güvence sağlamak üzere alacaklı karşısında borçlunun sorumluluğuna başka bir kişinin de katılması demektir. Mecelle bu durumu, “Kefâlet, bir şeyin mutâlebesi hakkında zimmeti zimmete zammetmektir” (md. 612) şeklinde ifade etmiştir. Borcu üstlenene kefil, alacaklıya mekfulun leh, borçluya mekfulun anh, kefâletle üstlenilen sorumluluğa ise mekfulun bih denir.

Kefâlette söz konusu edilen zimmetin zimmete eklenmesi, hanefilerin çoğunluğuna göre borcun aslında değil, sadece alacağı talep hususundadır. Zira kefilin alacaklı ile bir borç ilişkisine girmesi ve gerçekte borçlu olması söz konusu değildir. Aralarında bazı hanefilerin de bulunduğu cumhür fakihlere göre ise, kefilen alacağı talep hakkının hukukî dayanağı, borcun aslını üstlenmiş olmasıdır.

Kefâlet, kefil açısından bağlayıcı (lâzim), mekfulun leh bakımından ise bağlayıcı olmayan (gayr-i lâzim) bir akittir.

Alacaklı, hem borçludan hem de kefilen talep hakkına sahiptir. Borçlunun borcunu ödemesi, kefilin de sorumluluktan kurtarır. Borcu kefilin ödemesi durumunda, ödediği miktarla asıl borçluya rucü eder.

Kefâlet akdi, şahsa kefâlet ve mala kefâlet olmak üzere iki kısma ayrılır:

Şahsa kefâlet (el-kefâle bi'n-nefs/el-kefâle bi'l-beden): Bir kişinin alacaklıya teslim edilmesi ya da mahkemede hazır bulundurulmasından ibarettir (Mecelle, md.613). Şahsına kefil olunan kişinin mahkemeye çıkmasını gerektiren sebep, mâlî bir borç olabileceği gibi belli kayıtlarla suç da olabilir. Ne tür ceza davalarında şahsa kefil olunabileceği doktrinde tartışmalıdır. Genel eğilim, sırf Allah hakkı kapsamında olan şarap içme ve zina suçları dışında kalan ve kul hakkını ilgilendiren hadlerde ve kısasta şahsa kefâletin câiz görülmesi biçimindedir.

Mala kefâlet (el-kefâle bi'l-mâl): Bir malın ödenmesine kefil olmak demektir (Mecelle, md.614). Mala kefâlet de, borca kefâlet (el-kefâle bi'd-deyn) ve eşyaya kefâlet (el-kefâle bi'l-ayn) olmak üzere iki kısma ayrılır. İlkinde malın kendisine kefâlet, ikincisinde ise malın teslimine kefâlet söz konusudur.

Bu arada damânu'd-derek denilen bir kefâlet uygulaması da söz konusudur. Satıcının veya üçüncü şahsın, satılan malda satış sonrası hukukî bir eksikliğin ortaya çıkması halinde ödenen bedelle ilgili olarak alıcıya verdiği garanti de (damânü'd-derek) bir nevi kefalet olarak geçerlidir. İslâm hukukçuları, akid sebebiyle söz konusu olan bu damân nevi ile (damânü'l-akd), kısmî farklılıkla birlikte modern hukuktaki akdi mesuliyeti, özellikle de telef olan malla ilgili ödeme veya zarara katlanma sorumluluğunu kastederler. (Mecelle, md.616). Bunu, şahsa ve mala kefâlet yanında üçüncü bir tür olarak kabul edenler bulunmakla birlikte: genel eğilim, tanımda ifade edilen ilk durumda mala, ikinci durumda ise şahsa kefâlet kapsamında değerlendirmek gerektiği şeklindedir.

Kefâletin sahih olabilmesi için, teberru mahiyetinde bir sözleşme olması sebebiyle kefilin teberrü ehliyetine sahip bulunması (akıl ve ruh sağlığı yerine ve ergen), borcun sahih ve mevcut olması, borcun güç yetirilebilir olması ve bilinmezliğin (cehâlet) olmaması gerekir.

Kefâlet akdi, aşağıdaki durumlarda sona erer:

- Kefâlet sözleşmesinin konusunu oluşturan sorumluluğun yerine getirilmesi. Mala kefâlette borcun ödenmesi; şahsa kefâlette, kefil olunan şahsın teslimi gibi.
- Alacaklının (mekfûlun leh) asıl borçluyu veya kefilini ibrâ etmesi
- Şahsa kefâlette kefil olunan şahsın (mekfûlun anh) ölmesi
- Sulh; alacağın borçluya hibesi, borcun başkasına havalesi gibi borçlu (mekfûlun anh) ve kefil borçtan kurtaran işlemlerle de kefâlet sona erer,

11. Havâle

Havâle, borcu bir kişinin sorumluluğundan (zimmetinden) başka birisinin sorumluluğuna nakletmektir. Borçluya muhîl, alacaklıya muhâlun leh veya muhtâl, borcu üstlenene muhâlun aleyh ya da muhtâlun aleyh, havale ile üstlenilen borca ise muhâlun bih denir.

Havâlenin doğurduğu en önemli sonuç, hem borç hem de borcun ödenmesini talep hakkının borcu üstlenene (muhâlun aleyh) nakledilmiş ve havâle edenin zimmetinin borçtan kurtulmuş olmasıdır ki, havâleyi kefâletten ayıran temel husus da budur. Hanefiler belli durumlarda alacaklının muhîle rucü edebileceğini kabul ederken, İmâm Muhammed'in, tartışmalı olmakla birlikte, havâle ile sadece alacağı talep hakkının muhâlun aleyhe geçtiği, borcun aslının muhîlde kaldığı şeklinde bir yaklaşım sergilediği rivayet edilir.

Özellikle hanefiler havâleyi, mutlak ve mukayyed olmak üzere iki kısma ayırırlar. Borçlunun, alacaklısını bir başkasına, o şahıstaki malından ya da alacağından ödenmek üzere havâle etmesine, söz konusu malla ilgili bu kayıt sebebiyle mukayyed havâle; alacağın ödeneceği malla ilgili böyle bir kaydın bulunmadığı havâle ise, mutlak havâle denir (Mecelle, md. 678, 679). Diğer mezhepler böyle bir ayırım yapmamış, her iki durumu aynı çerçevede değerlendirmişlerdir.

Diğer akit türlerinden farklı olarak havâlede akdin varlık kazanmasını sağlayan şartlar beştir. Bunlar, alacaklı (muhâl/muhtâl), havâle eden borçlu (muhîl), havâleyi kabul eden yeni borçlu (muhâlun aleyh/ muhtâl aleyh), bu üçünün akit kurucu irade beyanı (sîga) ve havâle konusu borçtur (muhâlun bih).

Ca'feriyye de dahil olmak üzere fıkıh mezheplerinin çoğunluğuna göre, havâlede asıl borçlunun (muhîl) rızâsı gereklidir. Hanefî mezhebinde ağırlık kazanan görüşe göre ise, yapılan sözleşme tamamen yararına olduğundan, havâlede muhîlin rızasına gerek yoktur. Mecelle'de (md. 681) de bu görüş benimsenmiştir.

Havâle sözleşmesinde asıl borçlu ile alacaklının, genel akit teorisi gereği akdin kuruluşu için mümeyyiz, yürürlüğü için ise tam edâ ehliyetine sahip olmaları gerekir (Mecelle, md. 684-685). Havâle edilen kişi ise, genelde bedelsiz ve sırf zarara bir işlem yapıldığından tam ehliyetli olmalıdır (akıllı ve ergen). Kısıtlı ehliyetliler adına kanunî temsilcilerinin havâleyi kabul etmesi câiz değildir.

Havâlenin sıhhati için havâle edilen borcun, hukuken ödenmesi ve malum olması gerekir. Hakkın havâlesi konusunda doktrinde farklı değerlendirmeler vardır.

Havâlenin varlık kazanmasıyla birlikte şu hükümler ortaya çıkar:

a. Asıl borçlu borçtan kurtulur; alacaklı alacağını sadece havâleyi üstelenen kişiden isteyebilir.

b. Borca bağlı kefâlet ve rehin gibi şahsî ve aynî teminatlar düşer.

c. Havâle edilenin zimmetinde yeni bir borç sâbit olur ve aralarındaki borç ilişkisinin mahiyeti ve havâlenin yapılış tarzına göre havâle edene rucü hakkı doğar.

Şu durumlarda havâle akdi sona erer:

a. Akdin taraflarının havâleyi karşılıklı rıza ile sona erdirmeleri

b. Kendisine havâle edilenin borcu Ödemesi

c. Alacaklının havâle edileni ibrâ etmesi, alacağı muhâlun aleyhe hibe etmesi, ona olan borcu ile takasta bulunması

d. Ölüm. Alacaklının ya da havâle edilen kişinin ölümü havâle işlemini etkilemez; alacak veya borç terekeye intikal eder. Hanefilere göre ise: mukayyed havâlede havâle edenin ölmesi havâleyi sonlandırırken, mutlak havâlede sona erdirmez; muhâlun aleyh nezdindeki mal ya da alacak terekeye dahil olur.

DEĞERLENDİRME SORULARI

1. Fiyatın pazarlıkla belirlendiği satış türü aşağıdakilerden hangisidir?

- A) Trampa
- B) Müsmen
- C) Müsâveme
- D) Selem
- E) İstisna‘

2. Alma-verme yoluyla olan alışverişlerde, hiçbir söz söylemeden bir tarafın semeni (parayı), diğer tarafın ise malı vermesi şeklinde kurulan alışveriş akdine ne ad verilir?

- A) Müzâyede
- B) Teati
- C) Sarf
- D) İcap
- E) Karz

3. Alış fiyatına bir miktar ekleyerek ve maliyeti ile kârın miktarını müşteriye söyleyerek yapılan satış hangisidir?

- A) Murabaha
- B) Tevliye
- C) Vâdia
- D) Müsâveme
- E) Mudarebe

4. Hangisi selem akdinin şartlarından biri değildir?

- A) Karşılıklı bedeller mütekavvim mal olmalıdır.
- B) Semen peşin olmalıdır.
- C) Muslemun fih piyasadaki mevcut standart mallardan olmalıdır
- D) Muslemun fihin vadesi belirlenmiş olmalıdır
- E) Muslemun fih akar cinsinden olmalıdır

5. “Borcu bir kişinin sorumluluğundan (zimmetinden) başka birisinin sorumluluğuna nakletmektir.” şeklinde tarif edilen akit türü aşağıdakilerden hangisidir?

- A) Selem
- B) İstisna
- C) Havale
- D) Kefâlet
- E) Rehin

ONUNCU HAFTA

ÜNİTE IX: İSLAM ŞİRKETLER HUKUKU

KONULAR

1. İSLAM ŞİRKETLER HUKUKU
2. İSLAM HUKUKUNDA ŞİRKET ÇEŞİTLERİ
 - 2.1. Mülk Şirketi
 - 2.2. Akit Şirketleri
 - 2.2.1. Mufâvada Şirketi
 - 2.2.2. İnan Şirketi
 - 2.2.3. Vucûh Şirketi
 - 2.2.4. Şirket-i Ebdan
3. EMEK-SERMAYE ORTAKLIĞI BAKIMINDAN ŞİRKET TÜRLERİ
 - 3.1. Mudârabe / Kırâz Şirketi
 - 3.2. Müzâraa
 - 3.3. Müsâkât
 - 3.4. Mugârese
4. ŞİRKETLERİN SONA ERMESİ
 - 4.1. Genel Sebepler
 - 4.1.1. Fesih
 - 4.1.2. Ölüm
 - 4.1.2. Cünun
 - 4.2. Özel Sebepler

AMAÇLAR

1. İslam Hukukunda şirket tanımını ve kuruluşunu bilmek
2. İslam Hukukunda mülk ve akit şirketlerini ve aralarındaki farkı kavramak
3. En yaygın kullanılan türleriyle akit şirketlerini ve türlerini öğrenmek
4. Akid şirketlerinin kuruluş şartlarını ve sona eriş şekillerini bilmek
5. İslam Hukukunda kâr paylaşımı esasına dayanan emek-sermaye ortaklığına dayalı şirket türlerini ve özelliklerini bilmek.

HAZIRLIK SORULARI

1. Şirket kavramı hakkında İslam Ansiklopedisinden bilgi edininiz.
2. Şirketin güncel anlamıyla İslam hukukunun tarif ettiği şirket kavramı arasında teori ve pratik arasında bir mukayese yapınız.
3. Şirketlerin kurulmasında hangi yetki ve ehliyetler bulunmalıdır? Tartışınız.
4. Şirketlerde kâr paylaşımı ve şirketlerin kuruluş biçimlerini araştırınız.
5. Emek sermaye ortaklığının işleyiş biçimleri hakkında bilgi edininiz.

1. İSLAM ŞİRKETLER HUKUKU

Şirket (شركة) (kelimesi Arapça bir kelimedir. “Şirket”, “Şerket” ve “Şerike” olarak üç şekilde okunabilir. Sözlükte “karışmak, karıştırmak” anlamlarına gelir. Aynı zamanda “ortaklık, ticari birlik” gibi manalarda kullanılır. İngilizcede “association, company, union, business” gibi kelimeler ile ifade edilir.

İstılahta ise “iki veya daha fazla kişinin sermaye ve kârda ortak olmak üzere aralarında yaptıkları akitten ibarettir”

İslam Hukukunda şirketlerin yapısına ve özelliklerine geçmeden önce birbirinde ayrılabilme ve benzer özelliklerinin tespit edilebilmesi için günümüz borçlar ve ticaret hukukundaki şirketlerin özelliklerine kısaca değinmekte yarar var.

Günümüz Türk Ticaret Hukuku’nda şirket denilince Borçlar Hukuku’ndaki “Adi” şirketler ile Türk Ticaret Hukuku’ndaki “Ticaret” şirketleri anlaşılır. Buna göre şirket, “iki veya daha fazla kişinin mal veya emeklerini belli bir amaçla birleştirmeleridir” diye tanımlanır. Şirketin amacı ekonomik ve ticari olmalıdır. Çünkü amacı ticaret yapmak olmayan şirketleri dernek ve vakıflardan ayırmak mümkün olmaz. Buna göre şirket, belli bir ekonomik amaç veya çıkar için emek ve sermayeleri bir araya getirerek kurulan işletmedir.

Bir işletmenin şirket olabilmesi için o şirkette kişi, akit, sermaye, amaç ve ortak çalışma iradesi unsurlarının bulunması gerekir. Kısaca bu unsurları açıklamak şirket kavramının anlaşılmasına yardımcı olacaktır. Şirketler kural olarak en az iki kişiden oluşur. Ancak 1 Temmuz 2012’de yürürlüğe giren Türk Ticaret Kanunu’na göre anonim ve limitet şirketin bir kişiyle kurulabilmesine de imkân tanınmıştır (TTK md. 338, f. 1; TTK md. 573, f. 1). Bu sadece TTK da değil, diğer yabancı hukuk sistemlerinde de böyledir.

Şirketleri rastgele birlikteliklerden ayıran unsur akit unsurudur. Ortaklar bir sözleşme ile sermayelerini birleştirir ve şirketlerini kurarlar.

Şirketin amacını gerçekleştirmesi, sermaye unsuru ile mümkün hale gelmektedir. Sermaye; nakdi, ayni ve emek olabilir. “Nakdi sermaye; para, alacak ve kıymetli evraktan oluşur. Ayni sermaye ise; taşınır ve taşınmaz mallar, fikri ve sınaî haklar (marka, patent, tasarım, faydalı model) ile haklı olarak kullanılabilen devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerlerden oluşur.” Ortakların birisi emek sermayesini getirirken, diğeri taşınmaz ve nakit, bir diğeri ise sadece nakit sermaye getirebilir.

Şirketlerde ayrıca amaç unsuru olmalıdır. Daha önce ifade edildiği gibi şirketlerde amaç unsuru, ticaret yapıp kâr elde etmek ve ortaklar arasında paylaşmaktır.

Şirketin son unsuru ise ortak çalışma iradesidir. Her ortak şirket amacını gerçekleştirmek için belli bir çaba ortaya koymalıdır veya en azından şirket amacının gerçekleşmesini engelleyici bir çaba içerisinde olmamalıdır. Aslında bu unsur amaç unsurunun tamamlayıcısı olarak kabul edilebilir.

2. İSLAM HUKUKUNDA ŞİRKET ÇEŞİTLERİ

Kaynaklara bakıldığında şirketler genelde ikiye ayrılır. Şafii ve Hanbeli geleneğinden gelen fakihler, şirketi “mülk” ve “akit” olarak ikiye ayırırken, Maliki geleneğinden gelenler “genel” ve “özel” şeklinde bir ayrımı tercih ederler. Şafii fakihleri de “mülk” ve “akit” şirketi ayrımını benimserler.

Burada Hanefi kaynaklarındaki taksime uygun olarak şirket, mülk, akit ve ibaha kısımlarına ayrılarak anlatılacaktır.

2.1. Mülk Şirketi

Hanefilere göre mülk şirketi, “Birkaç kişinin bir ayna veya deyne miras veya aynı satın alma vb. yollarıyla sahip olmalarıdır”

Mecelle md. 1060’da mülk şirketi şöyle tanımlanır: “*Mülk ortaklığı; sahip olma sebeplerinden olan satın alma, bağış veya vesayeti kabul etme ve mirasçı olma gibi bir sebeple yahut karıştırma (halk) veya malların karışması (ihtilat) ile malları birbiriyle ayırmak mümkün olmayacak şekilde karıştırmak veyahut mallar bu şekilde birbirine karışmak suretiyle bir şeyin birden çok kimseler arasında ortak yani o şeyin onlara ait olmasıdır.*”

Hanefilere göre mülk şirketinin rüknü malların karışmasıdır. Bu yolla ortakların, ortaklık malının her bir cüzünde şuyûan ortaklık meydana gelmiş olur.

Mülk şirketinde akıl, buluğ, rüşt, vekil tutma (tevkil) veya vekil olma (tevekkül) gibi şartların bulunmasına ihtiyaç yoktur. Bu sebeple bu şirket türü çocuklar, sefihler, deliler arasında olabileceği gibi bunlar ile reşit olanlar arasında, erkekler ile yabancı kadınlar arasında, Müslüman ile kâfir arasında da kurulabilir. Mülk şirketinde ortaklardan her biri, diğerinin payında yabancı hükmündedir. Binaenaleyh, tasarruf velayetleri olmadığı için ortaklar, izinsiz birbirlerinin malında tasarruf edemez.

Mülk Şirketinin Kısımları

Mülk şirketi sebebi açısından iki kısma ayrılır

a-İhtiyârî (gönüllü) Şirket:

Bu, ortakların kendi fiilleri ile meydana gelir. Örneğin bir malı satın alırlar veya ikisine bir mal hibe edilir ya da vasiyet edilir, onlar da kabul ederler, beraber satın veya hibe aldıkları ya da vasiyet edilen, ikisi arasında mülk ortaklığını doğurur.

b-İzdirârî (zorunlu) Şirket:

Dahli ve tesirleri olmaksızın iki veya daha fazla kişi için sabit olan şirkettir. Örneğin iki kişi birlikte mîrasçı olduklarında mîras alınan ikisi arasında mülk ortaklığını doğurur.

Mülk şirketi, konusu açısından dört kısma ayrılır:

1-Şirket-i zevat: Ortakların arazi ev, araba gibi bir malın kendisine malik olmalarıdır.

2-Şirket-i menafii (menfaat): Ortakların icare, iare vb. yollar ile bir malın menfaatine malik olmalarıdır.

3-Şirket-i hak: Ortakların şuf'a hakkı, satmada ve satın almada imza hakkı gibi mali haklardan birisine malik olmalarıdır.

4-Şirket-i deyn: Ortakların alacakta ortak olmalarıdır. Alacak bir vasıf olduğu için alacakta şirket olmaz diyenler vardır. Ancak alacak miras olarak intikal ettiğine göre alacakta ortak olmada bir mahzur olmaması gerekir.

2.2. Akit Şirketi

Akit şirketi kavramını Hanefi, Hanbeli ve Şafiiler kullanmaktadır. Malikiler, bu şirkete “şirket-i hassa/özel şirket” derler. Malikiler bu şirketi “ortak olacıklara tasarrufta izin vermektir” Hanbeliler “iki veya daha çok kişinin tasarrufta ortak olmalarıdır” Şafiiler ise “İhtiyar ile tasarruf ve kâr maksadıyla meydana gelen ortaklıktır” diye tanımlamaktadırlar.

Hanefiler ise “iki veya daha çok kişi arasında sermayede ve kârda ortak olmak üzere kurulan ortaklıktır” diye tarif etmişlerdir. Mecelle md. 1329’da akit şirketi: “İki veya daha çok şahıs arasında sermaye ve kârı ortak olmak üzere kurulan şirkettir.” şeklinde tanımlanmaktadır. Akit şirketini mülk şirketinden ayıran en önemli özellik, ortaklığın sözleşme üzerine kurulmasıdır.

Şirket tipi bakımından akit şirketleri “mufavada” ve “inan” kısımlarına ayrılır. Mufavada, mutlak eşitlik üzere kurulan sermaye ortaklığı, inan ise eşitlik gözetilmeyen sermaye ortaklığıdır.

Akit şirketi, ister mufavada ister inan tipinde olsun, ortaya konan şey bakımından yani akdin konusu bakımından mal (sermaye), amel (emek) ve vücut (itibar) türlerine ayrılır.

Maliki mezhebi, akit şirketinin mufavada ve inan tiplerini, “mal” ve “amel” türlerini kabul eder ancak “vücut” türünü kabul etmez. Şafii mezhebi ise “inan tipi” hariç diğerlerini kabul etmez. Hanbeli mezhebi için farklı görüşler olmakla birlikte genelde “mufavada” hariç diğerlerini kabul eder. Hanefiler tüm tipleri ve türleri ile şirket çeşitlerini kabul eder.

Mülk Şirketi İle Akit Şirketinin Farkları

a-Mülk şirketinde mülk edinme ehliyetinden başka nitelik aranmaz. Halbuki akit şirketinde hem vekalet verme (tevkil) hem de vekil olma (vekalet) ehliyeti aranır. Bu sebeple mülk şirketi çocuklar ve sefihler arasında olur, ama akit şirketi olamaz.

b-Akit şirketi, ihtiyari bir şirkettir. Ancak mülk şirketi yukarıda açıklandığı gibi ihtiyari de olabilir, izdirarî (zorunlu) de olabilir.

c-Mülk şirketi, satış caiz olsun-olmasın mülk edinmenin caiz olduğu konularda kurulabilirken, akit şirketi sadece satışın caiz olduğu konularda olabilir.

d-Akit şirketinde ortakların izni olmadan ortaklık malının tamamında tasarruf caiz iken mülk şirketinde caiz değildir. Çünkü akit şirketinde ortaklar kendi hisselerinde asaleten, ortakların hissesinde ise vekaleten işlem yapmaya yetkilidirler. Bu yetki, akit şirketinde kendiliğinden olduğu halde, mülk şirketinde diğer ortakların beyanları ile oluşur.

e-Akit şirketi ortaklardan birisinin ölümü, sefahi, aklını yitirmesi gibi durumlarda batıl olur. Mülk şirketi bu durumların hiçbirinde batıl olmaz. Çünkü mülk şirketinde delilik ve sefahlik ne şirket başlangıcında ne de devamında şirkete engel kabul edilmez. Ölüm durumunda ise şirket, varislerine intikal eder, yine batıl olmaz.

f-Akit şirketinde ortak, sahip olunan ortak ticaret malını satışa zorlanabilir. Çünkü akit şirketi, o malı satmak ve elde edilen kârı paylaşmak üzere kurulmuştur. Ancak mülk şirketinde zorlanamaz.

2.2.1. Mufâvada Şirketi

Ortakların sermaye, kâr-zarar paylaşımı, tasarruf ehliyeti, yetki ve sorumluluk bakımından eşit olmaları esasına dayalı şirket türüdür. Sözlükte “iş birine havale etmek, ortaklık kurmak; (mallar) birbirine karışmak, eşit olmak” gibi anlamlara gelen fevd (fevz) veya “dolup taşmak, yayılmak” manasındaki feyd (feyz) kökünden türeyen mufâvada fıkıh terimi olarak ortaklık süresince sermaye, kâr zarar paylaşımı ve tasarruf ehliyeti yönünden eşitliğin korunması şartıyla ortakların birbiriyle hem vekâlet hem kefalet ilişkisi içinde bulunduğu şirket tipini ifade eder.

Fıkıh literatüründe mufâvada terimi, ağırlıklı olarak Hanefî doktrininde ele alındığı şekliyle ortakların birçok bakımdan tam eşitliği esasına dayalı şirket tipini ifade etmek üzere kullanılır.

İki kişi “Biz mufâvada ortaklığı yapacağız. Az veya çok olsun, beraber alıp beraber satacağız. Toptan veya perakende olsun; peşin veya veresiye olsun, her birimiz kendi iradesi ile iş yapacak ve Allah’ın vereceği kârdan olan rızkı, aramızda kârlı veya zararlı bölüşeceğiz” derlerse mufâvada şirketi kurulmuş olur.

Esasları

Mufâvada şirketi eşitlik esası üzerine kurulur. Her iki ortak sermaye ve kârda eşittir. Birinin malının diğerinin malından fazla olması uygun değildir. Tasarrufta da eşitlik şarttır. Bunun için bâliğ olmayan ile bâliğ olan arasında, Müslüman ile kâfir arasında bu şirketi kurmak caiz değildir.³²

³² Zuhayli, İslam Fıkıhı Ansiklopedisi, C: VI, s. 77

Ortaklardan birinin aldığı mal, şirket adına alınmış olur. Mufâvada şirketi altın, gümüş ve nakit paralarla kurulur. Ortağın birisi, şirkete bir mal satın alırsa bu malın yarı fiyatını ortağından isteyebilir.

2.2.2. İnân Şirketi

Ortaklarının sermaye, kâr payı ve zarara katılımında eşitlik, tasarruf ehliyetinde denklik şartının aranmadığı şirket tiplerini ifade eden terimdir.

Sözlükte “gem, dizgin, yular” gibi anlamlara gelen inân, İslâm hukuku terimi olarak ortakların diledikleri miktarda sermaye ile katılabildikleri, kâr payına ve zarara katılımında eşit, tasarruf ehliyetinde denk olmadıkları ve birbirleriyle sadece vekâlet münasebeti içinde buldukları şirket nevini ifade eder.

Esasları

İnân şirketinde ortak olanların sermayelerinin eşit olması şart değildir. Birinin sermayesi diğerinin sermayesinden fazla olabilir. Ortaklar bütün paralarını sermaye olarak koymaya mecbur olmayıp malların hepsi veya bir miktarı üzerine şirket sözleşmesi yapabilirler.

Genel olarak, ticaret konusunda şirket sözleşmesi yapılabildiği gibi özellikle bir çeşit ticaret için, mesela tahıl ticareti için de şirket sözleşmesi yapılabilir.

Şirketin vekâlet üzere kurulması sebebiyle ortaklığa, alışverişe aklı eren, ticaret için izin verilmiş çocuk, bunak, kadın, erkek, baliğ Müslüman, kâfir gibi şahıslar katılabilir.

Ortaklardan birinin satın aldığı şeyin parası sadece satın alandan istenir. Satın alan aldığı şeyin parasını kendi malından ödemişse hissesine düşeni ortağından ister.

Ortaklardan her biri için, kârdan belli bir miktar şart koşulursa ortaklık caiz olmaz. Sağlanacak kârın, şart koşulan miktarı geçip geçmeyeceği bilinemediğinden bu şart ortaklığın bozulmasına neden olur.

Gerek mufâvada şirketinde gerekse inân şirketinde ortaklardan her biri, kârdan bir şey vermeden sermayeyi başkası eliyle işletebilir. Ücretle de işçi tutabilir. Sermayeyi başkasına bırakabilir.

2.2.3. Vucûh Şirketi

Ortakların ticarî tecrübe ve itibarına dayalı olarak kurulan iş ortaklığı anlamında fıkıh terimidir.

Sözlükte “yüz; itibar” anlamlarındaki vech kelimesinin çoğulu olan vucûh, fıkhıta sermayesi bulunmayan iki veya daha çok kişinin ticarî tecrübe ve itibarlarını öne çıkarıp belli bir işi yapmak üzere kurdukları ortaklığı ifade eder. Klasik fıkıh literatüründe vucûh, akid şirketleri grubundaki ebdân (iş gücü) ve emvâl (sermaye) ortaklıklarının yanında üçüncü bir türü oluşturur. Bu ortaklığa vucûh denilmesinin sebebi genelde sermayesi

olmayan, ticarî bilgi, beceri ve itibar sahibi kişilerin itibarlarından dolayı vadeli mal alarak işe başlamalarıdır. Buna aynı zamanda “mefâlîs şirketi”, “kredi şirketi” ve Mâlikîler’de “zimem ortaklığı” da denir.

Akit şirketlerinde mevcut olan, ortaklık konusunun vekâlete uygunluğu ve kâr oranının belirlenmesi gibi hükümler vücûh şirketi için de geçerlidir. Vücûh ortaklığı Hanefî, Hanbelî ve Zeydîler’e göre sahih; Mâlikî, Şâfiî, Zâhirî ve Ca‘ferîler’e göre bâtıldır. Vücûhu meşrû kabul edenler bu hususta yasaklayıcı bir nassın bulunmadığı sürece aslî ibâhanın geçerli olduğunu, böyle bir ortaklığa ihtiyaç duyulduğunu ve eskiden beri bu türdeki ortaklıklara kimsenin itiraz etmediğini delil olarak ileri sürerler. Onlara göre vücûh ortaklığında her ortağın diğerini alım satım hususunda vekil tayin etmesi ve satın alınan şeyin aralarında ortak olmak üzere diğerine vekâlet vermesi sahih görüldüğünden böyle bir ortaklığın kurulmasında bir sakınca yoktur. Vücûhu meşrû kabul etmeyenlere göre ise bu ortaklık mal veya işe taalluk etmediği, ortaklardan her birinin diğerine belirsiz bir miktar borçlanmasından dolayı garar içerdiği ve menfaat sağlayan borç niteliği taşıdığı için bâtıldır.

Hükümleri

Vücûh ortaklığında kârın nasıl paylaşılacağı konusu fakihler arasında tartışmalıdır. Hanefîler’e ve bazı Hanbelîler’e göre kâr ve zarar hisseye göredir. Zira vücûh şirketinde kârın kaynağı üstlenilen sorumluluktur. Eğer kâr sorumluluktan fazla ise karşılıksız bir fazlalık söz konusudur ki bu câiz değildir. Taraflardan birine hissesiyle orantısız biçimde fazla kâr verilmesi şart koşulmuşsa bu şart geçersiz sayılır ve hisse eşit olarak dağıtılır. Hanbelîler’in çoğuna göre kâr inan şirketinde olduğu gibi ortakların anlaşığı şekilde paylaşılabilir, çünkü ortaklardan biri ticarî beceri ve itibar açısından diğerinden daha üstün olabilir.

2.2.4. Şirket-i Ebdan

Emeğe dayalı iş ortaklığı anlamında İslâm hukuku terimidir.

İki veya daha fazla kişinin belli bir iş yapmak üzere kurdukları iş gücü ortaklığı demek olan ebdân, İslâm hukukunun klasik sistematığı içinde akid şirketlerinin bir türünü teşkil eder. Bu ortaklığa ebdân (bedenler) şirketi denilmesi, ortaklığın genelde terzilik, tamircilik, demircilik gibi bedenî çalışmaya dayanması sebebiyledir. Bu nevi şirkete iş gücüne dayalı olduğu için a‘mâl, bir sanatın icrasına dayandığından sanâî’, ortaklık adına iş kabulünden dolayı *tekabbül* şirketi de denir. Ancak sadece bedenî çalışma değil fikrî mesai de ebdân şirketine konu olabilir.

Hükümleri

Ebdân ortaklığı Hanefî, Mâlikî, Hanbelî hukuk ekollerine göre câiz; Şâfiî’ye göre ise câiz değildir. Söz konusu ortaklığı meşrû kabul edenler, bu hususta yasaklayıcı bir nassın

bulunmayışını (aslî ibâha) yeterli gördükten başka müslümanların bu yöndeki uygulamasını ve Abdullah b. Mes'ûd'dan gelen rivayeti delil olarak zikrederler.

Bu ortaklığı câiz görmeyenler bu nevi şirkette sermaye bulunmadığını, herkesin çalışma ve verimliliğinin farklı olacağını, bu sebeple akdin konusunda belirsizlik bulunduğunu, kâr paylaşımının belli bir ölçüsünün olmayacağını ileri sürerler.

Ebdân şirketi ortaklar arasında yapılan bir akde dayandığından kuruluşu akdin kuruluşunda aranan şartlara tâbidir. Bunun yanında ortaklık konusunun vekâlet kabul eden konulardan olması, kârın paylaşım esaslarının bilinmesi ve kârın muayyen bir miktar olarak değil oran olarak belirlenmesi gibi şartlar da aranır.

Nazariyede bu nevi ortaklığın hangi şartlarda câiz olacağına dair birçok ayrıntıdan söz edilmekle birlikte açık haksızlığa ve bilinmezliğe sevketmediği sürece tarafların anlaşma şartlarını geçerli kabul etme temayülü hâkimdir. Hanefî, Hanbelî ve Zeydiyye ekollerine göre böyle bir ortaklık, aynı meslek mensupları arasında olduğu gibi farklı meslek erbabı arasında da kurulabilir.

Ebdân şirketinde her ortak diğer ortağın vekili, çok defa da hem vekili hem kefilidir. Bu sebeple ortaklardan birinin ortaklık adına yapacağı iş kabulü, taahhüt, tahsil, ödeme, ifa gibi hukukî işlemleri ve işle ilgili hukukî sorumluluğu diğerlerini de bağlar.

Bir ortağın ücrete veya kâra hak kazanması, bizzat çalışma ve işi ifa etme sebebiyle değil işi kabul ve taahhüt etmesi, işin ifasıyla ilgili hukukî yükümlülük altına girmesi dolayısıyla. Bunun için de ortaklardan birinin hastalık, yolculuk gibi sebeplerle geçici bir süre iş görmemesi halinde kâr payının devam edeceği görüşü hâkimdir.

Kârın paylaşımında çoğunluğa göre ortaklar arası anlaşma şartları esas olup kâr paylarının eşit olması gerekmez. Mâlikî hukukçuları ise kâr payı ile yapılan iş ve harcanan emek arasında en azından uygun bir oranın bulunmasını gerekli görürler. Ortaklar, şirket mallarına ve birbirlerine karşı güvenilen (emîn) kişiler olarak kabul edilir. Buna göre kasıt, ağır ihmal ve kusur tesbit edilmedikçe sorumlu olmazlar.

Ebdân şirketi hukukî vasıf itibariyle gayri lâzım (câiz) bir akit olup kural olarak ortaklardan birinin akdi feshetmesi, ölmesi veya eda ehliyetini kaybetmesi gibi hallerde sona erer.

Yukarıda anlatılan şirket çeşitlerinin dışında da ticari ortaklıklar vardır, ama bu ortaklıklar, fıkıh kitaplarında yer alan şirket tanımına uymadıklarından şirket bahislerinde değil başka yerlerde anlatılmışlardır. Bunlar mal bir taraftan amel bir taraftan olmak üzere kurulan ortaklıklardır. Şimdi bu ortaklık çeşitleri anlatılacaktır.

3. EMEK-SERMÂYE ORTAKLIĞI BAKIMINDAN ŞİRKET TÜRLERİ

3.2. Mudârabe Şirketi

Sözlükte “yol tepmek” anlamındaki darb fi’l-arz deyiminde geçen darb kelimesinden türetilen mudârebe terim olarak bir tarafın sermaye koyması, diğer tarafın işletmeyi üstlenmesiyle kurulan kâr paylaşımı esasına dayalı ortaklığı ifade eder.

Mudarebe bir taraftan sermaye, diğer taraftan emek olmak üzere kurulan bir ortaklıktır. Bu ortaklık çeşidinin caiz olmadığını söyleyen kimse bulunmamaktadır.

Mudarebede sermaye sahibine “rabbül mâl”, işi yürüten “mudârip” adı verilir.

Mudârebe şirketi “Bu malı sana mudârebe veya muâmele olarak verdim” veya “kârın yarısı veya üçte biri senin olmak üzere şu malı al ve işlet” sözleri ile kurulur.

Mudarebe ortaklığında yalnız mudarib çalışır. Sermayedarın çalışmasının şart koşulduğu mudarebe ortaklığı fasit olur ve icareye döner, mudarib de işçi sıfatını alır.

Mudârebe, mudaribin uyması gereken kurallara göre mutlak ve mukayyet kısımlarına ayrılır.

Mutlak Mudârabe; zaman, yer ve ticaretin çeşidini belirlemeden, satıcı ve alıcıyı tâyin etmeden kurulan ortaklıktır. Mukayyet mudârabe ise, bunlardan birisi ile kayıtlı olan ortaklıktır. Buna göre, sermayedar mudaribe belirli bir bölgede, belirli bir şahısla ve belirli bir alanda ticâret yapma sınırlaması getirebilir¹⁹⁴. Hatta bu sınırlama sözleşmeden sonra da olabilir. Yalnız bunun iki şartı vardır; birincisi getirilen sınırlama ticarete uygun olacak, diğeri ise ticarete başlanmamış olacak.

Mudarebede, sermayedarın vekalet vermeye, işi yürütenin de vekil olmaya ehil olmaları gerekir. Dolayısıyla, mudarebe akdini yapanların akıl sahibi ve ergen olmaları veya velisi tarafından ticarete izin verilmiş ergen olmayan ama temyiz yaşında olan kişiler olması gerekir.

Mudarebe ortaklığında sermaye, altın ve gümüş paralar ile piyasada işlem gören paralar olmalıdır. Dolayısıyla, mudarebede sermaye, uruz, akar, mekilat, mevzunat ile başkalarının veya mudaribin zimmetindeki alacaklar sermaye olamaz. Ancak sermayeye dönüştürmek üzere teslim edilen satılık mal ile sermayeye dönüştürülmek üzere tahsil edilmesi istenen alacak, elde edildikten sonra sermaye olabilir. Ayrıca ortaklık kurulurken sermaye belirlenmeli ve emekçiye teslim edilmelidir.

Kâr, Mudarebe akdi esnasında oransal olarak belirlenmeli ve ortaklara teslim edilmelidir. Dolayısıyla, kâr oranlarındaki belirsizlik veya ortaklardan birine kârdan belli bir miktarın şart koşulması, bu ortaklığı fesada götürür. Mudaribe verilecek kâr payı, sermayeden değil kârdan olmalıdır. Sermayeden veya birazı sermaye birazı kârdan verilmesinin şart koşulması, yine mudarebeyi ifsad eder.

Mudaribin yemek, giyim, nakliye ve iş seyahati giderleri kârdan karşılanır. Yapılan ticareten kâr sağlanmamışsa sermayeden karşılanır. Mudarebe şartlarına aykırı hareket eden mudaribin söz konusu giderleri karşılanmaz. Bu durumda mudarib, ecir/işçi sıfatını alacağından nafakası kendisine ait olur. Mudaribe yardım için iş yolculuğuna çıkan sermayedarın masrafları mudarebe malından karşılanmaz.

Sermayedar ile mudarib sermayenin miktarında ihtilaf ederlerse istishab204 kuralı gereği mudaribin beyanı esas alınır. Çünkü sermayedar sermayeyi teslim ettiğini kabul etmektedir. Fakat sermaye miktarının fazla olduğunu iddia etmektedir. Ondan bu iddiasını ispat etmesi istenir. Mudaribin ise beyanı yeterlidir. Burada “delil iddia edene, yemin ise inkâr edene gerekir” kuralı uygulanır. Mudaribe teslim edilen mal, daha önce ifade edildiği gibi vedia/emanet olduğu için mudarib de emin yani güvenilir sıfatını alır. Dolayısıyla, o sadece yemin ile mükellef olur. Kârın miktarında meydana gelen ihtilafta ise sermayedarın beyanı esas alınır. Çünkü mudarib kârı kabul etmekte, fakat kârın az olduğunu iddia etmektedir. Onun bu iddiasını ispat etmesi istenir.

Mudarebe ortaklığında sermaye, paraya çevrildikten sonra ortaklık fesh edilebilir. Bununla birlikte ortaklar, ortak bir karar alırlarsa ortaklık sona erdirilebilir. Yine mudarebe ortaklığı, ortaklardan birinin ölümü, hacr edilmesi veya delirmesi ile de sona erer. Zira bu durumlarda vekalet sona erer. Sermayedarın irtidat etmesi de mudarebeyi sonlandıran gerekçelerdendir. Ancak mudaribin irtidat etmesi mudarebeye hâlel getirmez.

3.2. Müzâraa Şirketi

Müzâraa, sözlükte toprağa bir şey ekip bitirmek anlamındadır. Istılahta ise arazi bir taraftan, emek bir taraftan olmak üzere kurulan ortaklıktır. Çıkacak ürün, aralarında belirlenen orana göre paylaşılır.

Bu akit, imam Ebu Hanîfe’ye göre fasit iken, İmam Ebu Yusuf ve İmam Muhammed’e göre mudâraabe akdine kıyâsen caizdir. Hanbeli ve Maliki fakihlerine göre mutlak olarak caiz iken, Şafi fakihlerine göre müsâkat akdine kıyâsen caizdir.

Müzâraa akdinin rükünleri

Yer, tohum, emek ve ziraat aletleridir. Esası ise, icap ve kabuldür. Yani arazi sahibi çalışana (çiftçiye) “bu yeri, mahsûlden şu kadar almak üzere ekim için verdim” der, çiftçi de “kabul ettim” derse veya çiftçi yer sahibine “ben senin yerini ekmek üzere çalışayım” der, arazi sahibi de razı olursa sözleşme tamam olur.

Müzâraa akdinin geçerlilik şartları şunlardır:

1-Ortakların akıl sahibi olmaları gerekir. Dolayısıyla akıl hastasının, temyiz gücü olmayan çocuğun muzaraası geçerli olmaz. Muzaraa ortaklığında ergenlik şartı aranmaz.

2-Toprağın ziraate elverişli olması gerekir. Çorak yer üzerinde yapılacak ziraat ortaklığı geçerli olmaz.

3-Ziraat ortaklığının müddeti belli olmalıdır. Yalnız Hanefiler müddet beyan edilmese de geçerli olacağını söylemişlerdir.

4-Tarladan çıkanın hisseli veya yarı yarıya olarak paylaşılacağı karara bağlanmalıdır. Miktarın meçhul olması ortaklar arasında anlaşmazlığa götürür.

5-Tarla, ekilmeye hazır olarak çalışana teslim edilmelidir.

6-Tohumun kimden olacağı belirlenmelidir. Eğer çalışandan olursa, akdin konusu “yerin menfaati” olur. Eğer tarla sahibinden olursa, akdin konusu “çalışanın menfaati” olur.

7-Tohumun cinsi de belirlenmesi gerekir. Bu elde edilecek kârın da belirlenmesi demektir. Çünkü kâr, çıkanın cinsinden olur.

Bu şartlar toplandığında müzâraat ortaklığı kurulur. Kurulan ziraat ortaklığından elde edilen mahsul, ortaklar arasında anlaşmaya göre paylaşılır. Müzâraa ortaklığı bozulduğunda, alınan ürün tohum sahibinin olur. Eğer tohum çalışana ait ise, çalışan yer sahibine emsalini esas alarak kira öder. Tohum, toprak sahibinin ise bu sefer toprak sahibi yer sahibine yine emsaline bakarak işçi ücreti öder. Fasid müzâraa ortaklığında ürün elde edilmezse, yine durum aynıdır.

Yani tohum çalışanın ise yer sahibine misli kaç kırıya veriliyorsa o kadar kira öder. Tohum toprak sahibinin ise bu sefer toprak sahibi yer sahibine emsaline göre işçi ücreti öder.

Müzâraa akdinin cevazı ve fesadı şu ilkeye göre düzenlenmiştir. Muzaraa akdi önce icare olarak kurulur sonra şirkete döner. İcare bir aynın menfaatine malik olmaktır. Burada kiralanan ya yer veya emektir yoksa alet ve tohum değildir. Çünkü yerin kiralınması aletlerin kiralınmasından daha güçlüdür, onun için yerin kiralınması esas alınır.

Müzâraa ortaklığında taraflardan birine belli bir miktar şart koşulması, diğer şirket türlerinde olduğu gibi ortaklığı iptal eder. Aynı şekilde, tohum sahibinin tohumunu aldıktan sonra geri kalan mahsulün taraflar arasında yarı yarıya şart koşulması da akdi iptal eder. Çünkü her iki şekilde ne kadar ürün çıkacağı bilinmediği için ortaklığın bozulmasına sebep olacak bir ihtimal bulunmaktadır.

Müzâraa ortaklığında taraflardan birinin ölmesi ile ortaklık sona erer. Bu durumda ürün henüz hasada hazır değilse, hasat zamanına kadar yapılacak masraflar her iki tarafa aittir. Çünkü ortaklık sona ermiştir. Yapılan iş, müşterek bir mal için yapılmıştır, müzâraa ortaklığı değildir.

3.3. Müsâkât Şirketi

Müsâkât, sözlükte su vermek, sulamak gibi anlamlara gelir. İstilahta ise, bahçe sahibi ile bahçe bakıcısı arasında, çıkan ürünün belirlenen oranlarda paylaşımına dayalı kurulan ortaklıktır. Bahçe sahibi üründen şu kadar hisse almak üzere şu bahçenin bakımını sana verdim der, bahçenin bakımını yapacak olan kimse de kabul ettim derse ortaklık tamam olur. Müsâkât, Ebu Hanife hariç fakihlerin çoğunun kabul ettiği bir ortaklık türüdür. Ebu Hanife, çıkan ürünün bir kısmı karşılığında bu akdin yapılmasının batıl olduğu görüşünü tercih ederken, Ebu Yusuf ve İmam Muhammed ise süre belirlenir ve çıkan aralarında şuyuan ortak olursa caizdir, demişlerdir. Bu ortaklık Hanefi, Hanbeli ve Maliki fakihlerine göre meyve vermeyen söğüt ve kavak ağaçlarının bakımı için de yapılabilir. Fakihler ipek kozası

yetiştirmek gibi hususlarda böyle bir ortaklığın kurulamayacağını söylemişlerdir. Özellikle şafi fakihleri, ağaçları ikiye ayırarak, söğüt, koza gibi meyve vermeyen ağaçlarda bu ortaklığın kurulamayacağını; incir, zeytin ve nar gibi ağaçlarda kurulabileceğini söylemişlerdir. Ayrıca onlar, köknar, pirinç, ilek ve gl gibi sapı olan bitkilerde musakat ortaklığının kurulabileceği görüşünü benimsemişlerdir. İmam şafii bu ortaklığı caiz görür, ancak Hanefi fakihlerinden farklı anlatır. Ona göre, müsâkat ortaklığı yerden çıkan ürünün bir kısmı karşılığında anlaşma yapmaktır.

Yukarıda anlatılan müzâraa ortaklığının hükümleri mskt için de geçerli olmakla beraber, msktın muzaraadan bazı farklı tarafları vardır. Bunlar;

a-Taraflardan biri ortaklık kurulduktan sonra ortaklığa devam etmek istemezse hakim onu zorlayabilir. Müzâraa ortaklığında zorlayamaz.

b-Msktın süresi dolduğu halde ürün olgunlaşmamışsa, işi yürüten çalışmaya devam eder ve ücret almaz. Ziraat ortakılığında süre dolduktan sonra işletmeci ücretle çalışır.

c-Müsâkât ortaklığında, ortaklık yapıldıktan sonra ağaçların başkasına ait olduğu ortaya çıksa işletmeci emeğinin karşılığını alır. Ziraat ortaklığında ise ürünün değerini alır.

d-Müsâkât ortaklığında örfen bilindiği için ortaklık sresinin belirlenmesi şart koşulmaz. Bu durumda sözleşme yılın başında ilk çıkan meyve üzerine yapılır. Müzâraa ortaklığında ise süre belirlenir. Hanefi ve şafi fakihlere göre müzâraa ve mskt ortaklığı başlangııcı itibari ile icâre, sonucu itibari ile şirket kabul edilmektedir. Hanbeli fakihleri msktı mudrabe gibi değerlendirirler. Sermaye-emek ortaklığı olarak anlatılan “mudarebe”, “müzâraa” ve “müsâkat” ortaklığından başka bir de “mgrese/ağaç dikim” ortaklığı vardır ki bu ortaklığın hükümleri musakat ile aynıdır.

4. şİRKETLERİN SONA ERMESİ

4.1. Genel Sebepler

4.1.1. Fesih

İslam fıkhında şirket, gayri lazım bir akittir. Bu sebeple, ortaklardan birinin ortaklıktan çıkmak istemesi ortaklığı fesih sebebi sayılır. Bu hüküm tüm ortaklık çeşitlerinde geçerlidir. Sadece mudarebe ortaklığında sermayedar, mudaribin haberi ve rızası olmadan ortaklığı sona erdiremez. Çünkü mudarebede, tasarruf yetkisi yalnız mudaribe verilmiştir. Dolayısıyla, mudarebede feshin gerçekleşebilmesi diğer ortağın iznine bağlıdır. Zira buradaki fesih, hükmi değil kasdi azil olarak değerlendirilmektedir.

4.1.2. Ölüm

Ölüm, şirket akdini sona erdiren sebeplerden biridir. Dolayısıyla, ortaklardan birinin ölümü şirket akdini sona erdirir. Ölüm, hükmi azil kabul edildiği için diğer ortağın ölümden

haberdar olup olmamasına bakılmaz. Ortaklardan birinin mürted olarak ülkeyi terketmesi durumu ölmesi gibi değerlendirilmiştir.

4.1.2. Cünun

Cünun'a bugün akıl hastalığı denilmektedir. Ortaklardan birinin iyileşmesi mümkün olmayacak şekilde akıl hastası olması fesih sebebi sayılmaktadır. Ticarete devam edilmesi durumunda kâr da zarar da diğer ortağa ait olur.

4.2. Özel Sebepler

Şirket sermayesinin tümünün veya bir kısmının helaki şirketin sona erme sebeplerinden sayılmaktadır. İslam fakihlerinin çoğunluğuna göre, işe başladıktan sonra sermayenin hepsinin veya bir kısmının helak olması durumunda ortaklar, hisseleri oranında zarara katılırlar. Hanefi fakihlere göre, karıştırılmadan evvel, eğer bir şey satın alınmamışsa şirket batıl olur. Çünkü akdin üzerine kurulduğu makudun aleyh ortadan kalkmıştır. Halbuki ortaklar, birbirlerinin mallarında ortak olmaları şartıyla bu ortaklığa rıza göstermişlerdi, mal ortadan kalkınca rıza da ortadan kalkmış ve ortaklık sona ermiştir. Eğer helak, bir şey satın aldıktan sonra olmuşsa, şirket yine batıl olur, ancak satın alma esnasında ortaklık mevcut olduğu için satın alınan şey, sözleşme şartlarına uygun olarak aralarında paylaşılır. Eğer satın alma helak gerçekleştikten sonra olmuşsa bakılır; sözleşmede vekalet açıkça zikredilmişse satın alınan üzerinde ortakların mülk ortaklığı kurulmuş olur. Şirket sözleşmesinde vekalet açıkça zikredilmemişse satın alınan, alana ait olur. Çünkü şirketin butlanı ile şirketin zımındaki vekalet de batıl olmuştur. Şafii fakihlerine göre, helak kimin malında olmuşsa zarara o katlanır.

DEĞERLENDİRME SORULARI

1. Mülk şirketleriyle ilgili aşağıdakilerden hangisi yanlıştır?

- A) Mülk şirketinde paydaşlardan birinin ölümüyle şirket sona erer.
- B) Mülk şirketi meydana geliş biçimi yönünden ihtiyarî ve zorunlu kısımlarına ayrılır
- C) İki veya daha çok kişinin bir şeye birlikte mâlik olmasıdır.
- D) Mülk şirketi ayn üzerine kurulabilir.
- E) Mülk şirketi deyn üzerine de kurulabilir.

2. Aşağıdakilerden hangisi, ortakların sermaye, kâr-zarar paylaşımı, tasarruf ehliyeti, yetki ve sorumluluk bakımından eşit olmaları esasına dayalı şirket türüdür?

- A) Ebdan
- B) Vücut
- C) Murabaha
- D) Mufavada
- E) İnan

3. Ortaklarının sermaye, kâr payı ve zarara katılımında eşitlik, tasarruf ehliyetinde denklik şartının aranmadığı şirket türü aşağıdakilerden hangisidir?

- A) Vücut
- B) İnan
- C) Mufavada
- D) Muzaraa
- E) Murabaha

4. Ortakların ticarî tecrübe ve itibarına dayalı olarak kurulan iş ortaklığı aşağıdakilerden hangisidir?

- A) Mugarese
- B) Vücut
- C) İnan
- D) Mufavada
- E) Emlak

5. Emeğe dayalı iş ortaklığı anlamında şirket türü aşağıdakilerden hangisidir?

- A) Ebdan
- B) Vücut
- C) Murabaha
- D) Mufavada
- E) İnan

6. Hangisi müsakat akdinin sona ermesinin sebeplerinden biri değildir?

- A) İşletmeci henüz işe başlamadan taraflardan birinin ölmesi
- B) Belirlenen sürenin sona ermesi
- C) Müzaraa akdinin tek taraflı iradeyle sonlandırılması
- D) Ağaçların istihkak yoluyla başkasının eline geçmesi
- E) Tarafların ikalede bulunması

ONBİRİNCİ HAFTA

ÜNİTE XII: İKTİSAT/EKONOMİ İLMİ VE İSLAM İKTİSADINA GİRİŞ

KONULAR

1. İktisat/Ekonomi İlmî ve İktisadi Sistemler
 - 1.1. İktisat/Ekonomi İlmî
 - 1.2. İktisadi/Ekonomik Sistemler
 - 1.3. Ekonomik Sistemlerin Mukayesesi
2. İslam İktisadına Giriş
 - 2.1. İslam'da İktisat Kavramı
 - 2.2. İslam'da İktisadın Önemi ve Amacı
 - 2.3. İslam İktisadının Özellikleri
 - 2.4. İslam İktisadında Temel İktisadi Kavramlar
3. Ekonomi İlmiyle Fıkıh İlmi Arasındaki Münasebet
4. İktisatla İlgili Fıkıh Kitapları
5. İslam İktisadına Göre Menkul Kıymetler Borsası
6. Sigorta Çeşitleri ve Hükümleri
7. Haram Alışverişler

AMAÇLAR

1. İslam iktisadı kavramını anlamak ve açıklamak
2. İslam ekonomi ilminin amaçlarını öğrenmek
3. İslam iktisadıyla ilgili literatürü bilmek
4. İslam ekonomisinin özelliklerini bilmek

HAZIRLIK SORULARI

1. İslam İktisadı deyince ne anlıyoruz, araştırınız?
2. İslam iktisadının temel ilkelerini araştırınız.
3. İslam iktisat düşüncesinde hangi hedefler olmalıdır?
4. Çevrenizde İslam iktisadı hakkında örfî uygulamaları araştırınız?

İKTİSAT/EKONOMİ İLMİ VE İSLAM İKTİSADINA GİRİŞ

1. İktisat/Ekonomi ve İktisadi/Ekonomik Sistemler

1.1. İktisat/Ekonomi İlimi

Ekonomi sözcüğü Yunanca ev anlamına gelen “oikia” ve kural anlamına gelen “nomos” kelimelerinden gelmektedir. Yunanca kökenli olan ekonomi kelimesi “ev yönetimi (tedbîru'l-men zil)” anlamına gelmektedir. İnsanların ve toplumların para kullanarak veya para kullanmadan zaman içinde çeşitli mallar üretmek ve bunları şimdi veya gelecekte tüketmek üzere, toplumdaki bireyler ya da gruplar arasında bölüştürmek için kıt üretim kaynaklarını kullanma tercihlerinin incelenmesi ekonomidir

İlk insanlardan bu yana, toplumlar karmaşık bir yapı haline gelmeye başladıkça, ekonomi de gelişim göstermiştir. Örneğin Sümerler, mal ve paraya dayalı büyük ölçekli bir ekonomi oluşturmuştur. Günümüzdeki anlamıyla ekonomi ise ilk olarak Babilliler ve komşu şehir devletleri tarafından kurulmuştur. Son iki yüzyıldır geliştirilen sosyal bilimlerden biri olan ekonomi ilmi, genel yönelişe göre *ekonomik problemlerin nasıl çözüleceğinden bahseden bir ilimdir*. Çünkü ekonomik problemlerle ilgili olarak çalışmak, onların yapısını ve çözüm yollarını anlamak, ekonomi ile ilgili çalışmaların temelini oluşturur.

Sözlükte “aşırıya gitmemek, ölçülü olmak, tasarruf etmek, orta yolu izlemek, tutumlu olmak, biriktirmek” gibi anlamlara gelen *iktisat* kelimesi,³³ terim olarak “çeşitli malların ve hizmetlerin nasıl üretildiğinin, bunların ihtiyaç sahipleri arasında nasıl değiştirildiğinin ve üretim faktörlerine düşen payın ne şekilde bölüştüğüünün açıklandığı ilim”³⁴ şeklinde tarif edilmektedir.

1.2. İktisadi/Ekonomik Sistemler³⁵

Ekonomik sistemler, toplumun ekonomik düzenini, ekonomik etkinliklerinin örgütlenme biçimini ve üretim teknolojisini belirler. Bu sistemler, ekonominin temel sorunu olan, malların kimler için hangi yöntemlerle üretileceği ve bölüşüleceği sorununa farklı çözümler getirir. Dünyada örgütlenmeler ve yöntemler farklı biçimlerde olmakla birlikte amacın tek olduğunu söylemek mümkündür: İnsanoğlunun sonsuz ihtiyaç ve taleplerini sınırlı olanaklarla karşılamak. Burada başlıca ekonomik sistemler kısaca tanıtılacaktır.

1.2.1. Kapitalist Ekonomi

Kapitalist sistem, uzun bir tarihsel süreçten geçerek ortaya çıkmıştır. Yeni kıtaların bulunuşu ve buralardan değerli madenlerin akışı sonucunda gelişen parasal ekonomi, para bolluğunun meydana getirdiği yüksek fiyatlar ve bu fiyatların uyardığı ticaret, kapitalist

³³ Ali Şafak, Hukuk Terimleri Sözlüğü, Rehber Yay., Ankara 1992, s. 206; Mehmet Erdoğan, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, Rağbet Yay., İstanbul 1998, s. 192.

³⁴ Orhan Oğuz, İktisada Giriş, Marmara Üniversitesi Yay., İstanbul 1992, s. 5.

³⁵ Erol Zeytinoglu, *Ekonomik Sistemler*, Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayınları, İstanbul 1985, s. 65 vd.

sistemin başlangıcı olan ticari kapitalizmi ortaya çıkarmıştır. Kapitalizm, özel teşebbüse ve piyasa serbestliğine dayanan üretim sistemi olarak tanımlandığı gibi özel mülkiyete üretimin maksimum kar sağlayabilmesine ve iktisadi hürriyete dayanan bir piyasa ekonomisi olarak da tanımlanır. Kapitalist sistemde toplumun refahının sağlanmasında fertler ön plandadır. Fertlerin menfaatleri sağlanırsa toplumun da refaha ereceği varsayılmaktadır. Dolayısıyla fertlerin çıkarları daima ön plandadır. Kapitalizm, klasik iktisatçılarla başlamıştır. Kapitalizme en önemli katkıyı, klasik iktisatçılardan Adam SMITH (Edim Simit) yapmıştır. Smith'e göre, toplumun ekonomik sorunlarını çözenin en iyi yolu, devlet müdahalesi olmadan toplumun kendi hâline bırakılmasıdır. Günümüzde dünyada çoğu ülkede "kapitalizm" uygulanmaktadır. Bu ülkelere örnek olarak ABD, Almanya, İngiltere'yi sayabiliriz.

Kapitalist sistemde özel mülkiyet esastır. Ekonomi serbest piyasa koşulları altında işler. Üretim araçları özel kişilerin elindedir. Devlet ekonomik yaşama müdahale etmez. Kontrolünü sağlar. Ekonomide birey kendi çıkarı peşinde koşar. Üretimde belirleyici olan kârdır. Temel ihtiyaçlar dışında başka tüketim alışkanlıkları yaratılır.

Kapitalist sistem, sermayenin az sayıda kişide yoğunlaşması, gelir dağılımının adaletsiz olması, parasal ve/veya statü gücü olmayanlar fırsat eşitliğinden yeterince yararlanamaması, güçlü firmaların zayıfları yok etmesi, piyasada tekelleşme sonucu fiyatların aşırı yükselebilmesi, az ya da çok daima işsizliğin mevcut olması, enflasyon, yüksek faiz ve düşük ücretler nedeniyle insanların hayat standartlarının çok gerileyebilmesi bakımından eleştirilmiştir.

1.2.2. Sosyalist Ekonomi

Sosyalizm, üretim araçlarının kamulaştırıldığı ve ekonomik faaliyetlerin merkezi planlama teşkilatı tarafından düzenlendiği ekonomik bir sistemdir. Sosyalist düşünce sisteminin temel inançları ve ilkeleri kapitalizme zıt bir hayat felsefesini yansıtır. Sosyalist bir yapıda temel amaç toplumun refahını sağlamaktır ki bu bakımdan kapitalizmden bir farkı yoktur. Ancak toplumun refahının sağlanmasında kapitalist sistemde fertler ön planda iken sosyalist sistemde toplum ön plandadır. Sosyalist sistem, toplumun menfaatleri sağlandığında fertlerin de refaha ereceği varsayımından hareket eder. Sosyalist düşünceye göre insanların mutlu olması ve toplumun tümüyle hızlı bir gelişme imkânına kavuşması kapitalist düşünce içinde mümkün değildir. Sosyalistlere göre kapitalist düzende sadece bir kesim, yani sermayeye sahip olan azınlık, emeği istismar ederek refaha ulaşabilir. İşçiler ise düşük ücretle ve ağır şartlar altında çalışmaya ya da işsizliğe mahkûm edilmişlerdir. Sosyalist düşünceyi savunanlara göre kapitalist sistem içinde kaynakların tam ve etkin çalışması, sosyal adalete uygun gelir dağılımı ve hızlı bir ekonomik büyüme sağlanamaz. Sosyalizm, 1917 Sovyet Devrimi sonrasında çeşitli ülkelerde uygulanmıştır. Ancak bu

uygulamalara bakıldığında tek bir sosyalizmden bahsetmek mümkün değildir. Günümüzde sosyalizm Küba, Vietnam, Kuzey Kore’de uygulanmaktadır.

Bu sistemde iktidar ve üretim araçları halk tarafından kontrol edilir. Üretim kâra göre değil, temel gereksinimlere göre şekillenmektedir. Üretilenler toplumda eşit şekilde ya da toplumun haklı göreceği eşitsizliklerle dağıtılır. Toplumun çıkarları bireyin çıkarlarından önce gelir. Özel mülkiyet sınırlıdır. Özel teşebbüs yoktur.

Bu sistem, baskıcı, antidemokratik uygulamalar, merkezi planlamanın verimli ve etkin olamaması, içe kapalı ekonomiler sebebiyle hayat standartları gelişmemesi, kapalı toplum anlayışı, gelişen dünyaya ayak uyduramaması, halkçılık iddialarına karşın, halkın isteklerinin dikkate alınmaması bakımından tenkit edilmiştir.

1.2.3. Karma Ekonomi

Karma ekonomi, ekonomik faaliyetlerde hem devletin hem de özel teşebbüsün birlikte yer aldığı ekonomik sistemi ifade etmektedir. Ulusal savunma gibi hizmetler sadece devlet tarafından sunulabildiğinden, gelişmiş ekonomilerin birçoğunda devlet ekonomik faaliyetlerin bir kısmına iştirak etmektedir. Bununla beraber, özel teşebbüsün ağırlıkta olduğu birçok ülkede kamu faaliyetleri de geniş bir alana sahiptir.

Bazı karma ekonomilerde, birçok endüstride büyük oranda kamu payı bulunmaktadır. Ulaşım ve belediye hizmetleri buna örnektir. Bazı ülkelerde ise, devletin gözetimi altında özel sektör monopollerine izin verilmektedir. Böyle bir durumda devletin katkısı sembolik düzeyde kalmaktadır. Diğer bir kamu faaliyeti de özel sektörle iş birliği içinde, devlet planlama teşkilatının yol göstericiliği altında yatırım ve üretim amaçlarını belirlemesidir. Ekonomik faaliyetler özel teşebbüs tarafından gerçekleştirilirken, devlet de ekonomide belirlenen önceliklere göre kontrol görevini yerine getirmektedir. Daha açık bir ifadeyle, karma ekonomik sistem içinde devlet, kamu sektörü için emredici ve özel sektör için yol gösterici bir rol oynamaktadır.

Sosyalist prensiplerin yürürlükte olduğu sistemler hariç, genel olarak her ülkede “karma ekonomi” sistemi geçerli durumdadır. Bununla beraber ekonominin “karma” olan derecesi ülkeler arasında önemli farklılık göstermektedir. Özellikle gelişmekte olan ülkeler altyapı yatırımlarının yetersizliği, özel teşebbüsün eksik kapasiteyle çalışmayı tercih etmesi ve kalkınma programlarında kilit rol oynayabilecek projelerin özel sektöre benimsenmemesi gibi nedenlerle kamu teşebbüslerini daha büyük oranda devreye sokma ihtiyacı duymaktadır.

Bu sistemde devlet ve özel teşebbüs birlikte yer alır. Kapitalizm ve sosyalizm arasında yer alan fakat özü itibarıyla kapitalizme yakın olan bir sistemdir. Devlet ekonomiye kısmi olarak müdahale eder. Kamu yararı ile bireysel çıkarlar bağdaştırılmıştır. Devlet, toplum tercihlerine uygun üretimi sağlamak amacıyla piyasa mekanizmasını düzeltici önlemler

almaktadır. Özel girişimcinin yatırım yapmayı kârlı bulmadığı alanlarda toplum ihtiyaçlarını karşılamak için devlet girişimde bulunur.

1.3. Ekonomik Sistemlerin Mukayesesi

Bu sistemler “teşebbüs” açısından mukayese edildiğinde şu sonuç çıkar: Kapitalist sistemde; teşebbüslerin özel şahıs ya da şirketler tarafından çeşitli alanlarda kurulması, işletilmesi serbestisi vardır ve devletin buna müdahalesi yok denecek kadar azdır. Sosyalist sistemde, teşebbüslerin kurulup işletilmeleri tamamen merkezi bir otoritenin kontrolü altındadır. Karma ekonomide, bazı sahalarda teşebbüs serbestliği var iken, fazla ağır sermayeyi gerektiren sanayi kollarının işletme hakkı tamamen devlettedir. Bu üretim alanlarına, özel teşebbüsün girmesi ise, kesin surette engellenmiştir.

Mukayese “fiyat” açısından yapıldığında şu sonuca ulaşılır: Kapitalist ekonomilerde, bütün iktisadi faaliyetleri belirli bir ahenk ve denge içerisinde yürüten mekanizma, Adam Smith’in “görülmez el” dediği, fiyat mekanizmasıdır. Sosyalist sistemde, üretim sahasında, yani arz yönünden, fiyatların rolü ortadan kalkmış olup, firmaların üretecekleri malların cins ve miktarları devletin hazırladığı plan tarafından tayin ve tespit edilmiştir. Fakat üretilen mal ve hizmetlerin satın alınmasında, tüketiciler merkezi otoritenin tespit ettiği fiyatlar üzerinden ödemelerde bulunmaktadırlar. Karma ekonomilerde, tüm iktisadi faaliyetler, fiyat mekanizmasının başıboş işleyişine bırakılmamakta, tüketici ve üretici lehine, fiyatlara müdahalede bulunmaktadır. Arz ve talep yönünden, fiyatların rolü olmakla beraber, fiyatların işlemesi ve iktisadi hayata etkisi, kapitalist sistemdeki kadar serbest ve fazla, kolektivist ekonomilerdeki kadar da kısıtlayıcı ve az değildir.

Mukayese “mülkiyet” açısından yapıldığında çıkan sonuç şudur: Kapitalist sistemin kaçınılmaz unsurlarından biri, üretim araçları üzerindeki mülkiyet hakkının tamamen özel ellerde olması ya da araçların fertler tarafından kiralanmasıdır. Sosyalist sistem ise haksızlıkların kaynağını mülkiyette görmüş ve devlet mülkiyeti kendi eline alarak kaldırmıştır. Karma ekonomilerde ise, bir yandan üretim faktörleri üzerinde özel mülkiyet hakkı var iken, öte yandan, kamu yararına kabul edilen araçların mülkiyet hakkı devlettedir.

2. İslam İktisadına Giriş

2.1. İslam’da İktisat Kavramı

Kur’an-ı Kerim’de ve Sünnette teknik anlamda bir iktisat kavramı yer almamakla birlikte, nasslarda iktisat kelimesinin “doğru, orta ve ortalama yol”³⁶ anlamında kullanılmış olması, İslam iktisadının “üretim”, “dağıtım” ve “bölüşüm”de nasıl bir anlayışa sahip olduğu hakkında fikir vermektedir. Nitekim iktisat kelimesinin bu anlamlarından hareketle iktisat yapanın “dünyevi ve uhrevî işlerinde orta ve doğru yolu takip eden kişi” olarak tanımlandığı

³⁶ Maide, 5/66; Nahl, 16/9.

görülmektedir.³⁷ Ayrıca iktisat kelimesinin doğru ve orta yol anlamı, kelimenin iktisat bilimine ilişkin teknik anlamıyla da örtüşmektedir. “*Mal, servet toplayıp da onu kap içinde saklayıp biriktireni*”³⁸ ayetinde görüldüğü gibi, cimrilik yapıp servetini üretimde kullanmayanların ahirette azaba uğrayacakları ifade edilmektedir. Buna karşılık “*Elini boynuna bağlı olarak asma. Onu büsbütün açıp saçma. Sonra kınanmış ve pişman halde oturup kalırsın*”³⁹ ayetinde insanlık, tüketim konusunda bilinçli olmaya çağrılmakta, bilgisiz ve bilinçsizce harcamadan kaçınılması gerektiği hususunda uyarılmaktadır. İnsan, harcadığı ile elde ettiğini, yaptığı masraflar ile sağladığı faydaları karşılaştırmak zorundadır. Bu da bir iktisat işidir.⁴⁰ Buna göre miktarı az da olsa hiçbir fayda sağlamayan harcama “israf” sayılmakta ve iktisadî açıdan zararlı kabul edilmektedir.⁴¹ Burada sunulan çözüm, israf ile cimrilik arasında orta bir yolun takip edilmesidir: “*Onlar harcadıklarında ne israf ne de cimrilik ederler; ikisi arasında orta bir yol tutarlar.*”⁴² O halde bütün bu bilgiler ışığında, iktisadın “kazanılan servetin bilinçli harcanması” anlamına vurgu yapıldığını söylemek mümkündür.

2.2. İslam’da İktisadın Önemi ve Amacı

İktisat bilimi, yerüstü ve yeraltı servetlerin dünyanın her köşesinde aynı olmadığına ve bunların toplumların her birine eşit olarak dağıtılmadığına vurgu yapar. Bunun sonucu olarak da ülkeler arasındaki iş birliğinin gün geçtikçe daha bir zorunlu olduğu dile getirilir. Çünkü günümüz iktisat anlayışına göre, toplumların bugün kendi kendine yeter bir sistem tesis edip zaruri ihtiyaç maddelerini kendileri karşılamak için çabalamaları, her zaman beklenen sonucu vermemiştir. İktisat bilimi açısından mesele, tabii kaynaklardan mahrum olmaktan ziyade, gerekli çalışmaların yapılıp yapılmamasıdır. Dolayısıyla yeni üretim arayışları bitmeyecektir. İşte tam da burada iktisat biliminin önemi “insanların ihtiyaçlarını gideren vasıtalar olarak nitelendirilebilecek maddi imkânların sağlanması ve ihtiyaca cevap verecek hale getirilmesi faaliyetlerinin bilimi” olarak ortaya çıkmaktadır.⁴³ Söz konusu maddi imkanlar diğer bir ifadeyle “*O, istediğiniz şeylerin hepsinden size verdi. Eğer Allah’ın nimetlerini saymaya kalkışsanız sayamazsınız.*”⁴⁴ ayetinde belirtildiği gibi, insanların ihtiyaçlarını karşılayacak nimetler çoktur. Öte yandan “*Sizin yanınızdaki tükenir, Allah katında olan ise kalıcıdır.*”⁴⁵ ayetinde işaret edildiği üzere, bu nimetlerden üretim yoluyla

³⁷ Hamdi Yazır, *Hak Dini Kuran Dili*, VI, 3993.

³⁸ Meâric, 70/18.

³⁹ İsrâ 17/29. Diğer ayetler için bkz. Kasas, 58; Nahl, 15; İsrâ, 16.

⁴⁰ Celal Yeniçeri, *İslam İktisadının Esasları*, s. 26.

⁴¹ İsmail Köksal, “İslam Hukuku Açısından İsrâf Ekonomisi Üzerine Bir Değerlendirme”, Marife, Sayı: 1 (2003), s. 206 (ss. 201-210); Mehmet Soysaldı, “Kur’an’da İsrâf Kavramı”, Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı: 18-19 (2005), s. 98 (ss. 93-120); Veli Kayhan, “Kur’an’a Göre İsrâf ve İktisat”, Din Bilimleri Akademik Araştırma Dergisi, Sayı: 6/2 (2006), s. 154 (ss. 149-195).

⁴² Furkan 25/67.

⁴³ Oğuz, İktisada Giriş, s. 11 vd.

⁴⁴ İbrahim, 14/34. Ayrıca bkz. Nahl, 16/18.

⁴⁵ Nahl, 16/96.

elde edilenler bir süre sonra azalır bitebilir. O halde yapılması gereken, iktisat biliminin kurallarına uyarak tüketimi karşılayacak üretim faaliyetlerini yapmaktır. Nitekim “*Orada hem sizin için hem de sizin rızık vermediğiniz kimseler için geçimlikler (maîşetler) meydana getirdik. Hiçbir şey yoktur ki hazineleri yanımızda olmasın. Biz onu ancak belli bir ölçüyle indiririz.*”⁴⁶ ayetinde her şeyin, dolayısıyla iktisadi imkânların da belli ölçüde indirildiğinin bildirilmesi, bunlardan yararlanmak için iktisadın kurallarını bilmeyi ve bunları uygulamayı gerekli kılıyor demektir. Zira her ne kadar Allah’ın nimetleri sayılamayacak kadar olsa da bunlara aynı anda sahip olunmayacağı açıktır. Bu bilinçle çalışarak yeni nimetlere kavuşmalı, keşfedilecek nice nimetlerin varlığını düşünerek çalışmalara ara verilmemelidir.⁴⁷ Bunun için iktisat biliminden yararlanıp “iktisadî yol” takip edilmelidir. Zira servet diğer bir ifadeyle yeraltı ve yer üstü maddi imkânlar elbette önemlidir, fakat en az masrafla en yüksek verimi elde etmeyi öğreten iktisat bilgisi servetten üstündür. Hz. Peygamber “*Dünyayı istemede güzel davranın. Her şey ne için yaratılmışsa onun için kolaylaştırılmıştır*”⁴⁸ buyurarak geçim imkânlarını elde etmek için güzel bir yolun izlenilmesini istemiştir.

Eldeki imkânlar elverdiği ölçüde ihtiyaç duyulan malların ve hizmetlerin üretilmesi, nihayetinde bunların tüketilmesi veya ihtiyaç duyanlara devredilmesi şeklinde özetlenebilecek olan iktisadi faaliyetler, aynı zamanda iktisadın yöneldiği hedeflerin de ifadesi olmaktadır. Buna göre kişilerin ilk hedefi ihtiyacı karşılamaktır ve bu konuda ulaşılmak ve devamlılığı sağlanmak istenen öncelikli hedef Kur’an-ı Kerim’de “*O (Allah), onları açlıktan doyuran ve korkudan emin kılandır*”⁴⁹ buyurularak “aç kalmamak” ve “güvenlik içinde olmak” şeklinde belirlenmiştir.

Bu iki temel hedef bakımından insanlar buldukları yere göre faaliyetlerine yön vermektedirler. Gelişmiş toplumlar ihtiyaçlarını karşılamak için yeteri kadar malvarlığına sahip olduklarından dolayı mevcut durumlarını korumak ya da daha ileriye gidebilmek amacıyla başkalarının emeğinden istifade etmektedirler. Bunlar zenginliklerini kullanarak aç kalmamak ve güven içinde olmak hedeflerini gerçekleştirme konusunda, bu zenginliğe sahip olmayanlara göre daha üstün durumdadırlar. Fakat temel hedeflerden saptıkları takdirde, faaliyetleri kınanan bir sömürüye dönüşmektedir. Nitekim “*Yeryüzünde bozgunculuk yapmağa, ekin ve nesli yok etmeğe çalışır. Allah ise bozgunculuğu sevmez.*”⁵⁰ ayetinin de işaret ettiği gibi, değerlerden kopuk bir anlayışla hareket edildiğinde üretimi ve emeği sömürülen toplumun güvenliği de tehlikeye düşmektedir. Değerlerden kopuk bir iktisat anlayışının yanlış yola saptıran hedefleri, bir zaman sonra durumu sahiplerinin aleyhine döndürecek, kaçındıkları açlık ve güvensizlik başlarına gelecektir: “*Allah (ibret*

⁴⁶ Hicr, 15/20-21.

⁴⁷ Yeniçeri, *İslam İktisadının Esasları*, s. 30.

⁴⁸ İbn Mâce, “Ticârât”, 2 (2142).

⁴⁹ Kureyş, 4.

⁵⁰ Bakara, 2/205.

için) bir ülkeyi örnek verdi. Bu ülke güvenli, huzurlu idi. Ona rızık her yerden bol bol gelirdi. Sonra onlar Allah'ın nimetlerine karşı nankörlük ettiler. Allah da onlara yaptıklarından ötürü açlık ve korku sıkıntısını tattırdı.”⁵¹ ayeti, toplumların hedef saptırmaları durumunda ilerlemek bir yana mevcut konumlarını dahi koruyamayacak hale gelmek gibi bir tehlikeyle karşı karşıya olduklarını bildirmektedir. Zaten Hz. Peygamber “Her ümmetin bir fitnesi vardır. Benim ümmetimin fitnesi de maldır”⁵² hadisi ile servetin ve buna bağlı olarak iktisadi faaliyetlerin ne denli önemli bir imtihan vasıtası olduğunu ifade etmektedir.

İslam iktisadının amaçları şu şekilde özetlenebilir: 1. Yeryüzünde halife olarak evrenin imkânlarından yararlanmayı gerçekleştirmek,⁵³ 2. Kalkınmayı gerçekleştirmek, 3. Bütün meşru araçlarla malı korumak,⁵⁴ 4. Mümkün olduğu kadar refahı gerçekleştirmek.

2.3. İslam İktisadının Özellikleri

2.3.1. Kaynağının ve Dayanağının Vahiy Olması

İlkelerinin ve hedeflerinin vahye dayanması, İslâm ekonomisini değişmez sabiteleri olan bir ekonomi haline getiren bir özelliktir. Bundan dolayı İslâm ekonomisi gelişebilir, yenilenebilir ve büyüyebilir olmakla birlikte istikrarlı, üstün gaye ve prensiplere bağlı bir ekonomidir.

2.3.2. İçtihadı Yer Vermesi

İslâm ekonomisinin ilim, sistem ve teorisi hususunda akıl, vahiy ve hikmeti bir araya getiren içtihadın geniş bir alanı vardır. Bu içtihat ister kıyasa ister mürsel maslahatlara, istihsana, örfe dayansın ve isterse içtihadta şeriatın maksatları gözetilmiş olsun fark etmez.

2.3.3. İslâm İnancıyla İrtibatlı Olması

İslâm'a göre inanç, ekonomiden soyutlanmış değildir. Bu irtibat olumludur. Zira inanç tarafı, icra edilmesi istenen şeyin yerine getirilmesini büyük oranda kolaylaştırır. Bu sebeple Yüce Allah emir ve nehiyden önce imanı zikretmiş ve şöyle buyurmuştur: “*Ey iman edenler! Karşılıklı rızaya dayanan ticaret olması hali müstesna, mallarınızı, bâtıl (haksız ve haram yollar) ile aranızda (alıp vererek) yemeyin.*”⁵⁵

2.3.4. Ahlaki Değerlerle İlişkisi

Kapitalist şirketler, dünyanın üçte birinin yoksulluk içinde acil ihtiyaçlarını karşılayacak bir şey bulamamalarını önemsemez. İslam iktisadında ise bu ahlaki yön sebebiyle mallarda fakirlerin hakları vardır: “*Onlar, mallarında isteyenler ve (isteyemeyip)*

⁵¹ Nahl, 16/112.

⁵² Tirmizi, “Zühd”, 26.

⁵³ “Allah, yeri canlılar için yaratmıştır.” Rahman 55/10.

⁵⁴ “Allah'ın geçiminize dayanak kıldığı mallarınızı aklı ermezlere (reşit olmayanlara) vermeyin; o mallarla onları besleyin, giydirin ve onlara güzel söz söyleyin.” Nisâ, 4/5.

⁵⁵ Nisâ 4/29.

mahrum kalanlar için belli bir hak bulunan kimselerdir."⁵⁶ Yusuf el-Kardâvî şöyle demektedir: "İslâm asla siyaset, ekonomi ve ahlakı birbirinden ayırmaz. Ekonomi ve ahlak arasındaki bu yakınlık ekonomik hayatın bütün durumlarında ortaya çıkar."⁵⁷ Hilekârlık, karaborsacılık, aldatma vs. her şeyden önce ahlaki değildir.

2.3.5. Dengeyi Esas Alması

Yüce Allah şöyle buyurmuştur: "*Ve böylece sizin dengeli ve ölçülü bir toplum olmanızı istedik ki (hayatınızla) tüm insanlığın huzurunda hakikatin şahitleri olasınız ve Peygamber de sizin huzurunuzda ona şahitlik yapsın.*"⁵⁸ Bu, ideal ile realite, maslahat ile mefsedet, hak ile yükümlülük, madde ve ruh arasında bir dengedir. Bireyin menfaati ile toplumun ve devletin menfaatini, zenginlerin menfaati ile fakirlerin yararını uyum ve dayanışma içinde dengeler.

2.3.6. İnsanların İyiliğini Hedeflemesi

İslâm ekonomisi, insanın inancına ve dinine bakmaksızın ona hürriyet, adalet ve saygınlık değerlerini vermeye önem gösterir. Nitekim Yüce Allah şöyle buyurmaktadır: "*Siz, insanların iyiliği için ortaya çıkarılmış en hayırlı ümmetsiniz; iyiliği emreder, kötülükten meneder ve Allah'a inanırsınız.*"⁵⁹ Halife Hz. Ömer insanların kapısında dilencilik yapan bir Yahudi'yi görmüş ve ona şöyle demişti: "Sana hiç insafı davranmamışız. Hâlbuki gençliğinde senden cizye almışız, yaşlılığında ise seni (kendi haline bırakarak) zayı etmişiz." Daha sonra devlet hazinesinden ona uygun bir maaş bağlamıştır.⁶⁰

2.3.7. Orta Yolu Takip Etmesi

İslâm ekonomisi, kapitalist sistemdeki gibi⁶¹ bireyin çıkarını esas alan mutlak özgürlükçü bir ekonomi değildir. Yine İslâm ekonomisi, sosyalist ekonomi sistemindeki gibi bireyi ortadan kaldırma esasına dayanan bir ekonomi değildir. İslam iktisadında özel mülkiyet ilke olarak kabul edilip toplumsal mülkiyet istisna sayılmadığı gibi, toplumsal mülkiyet ilke kabul edilip özel mülkiyet de istisna sayılmaz. Aksine dengeli bir tavır takınarak mülkiyetlerden hiçbirini kural dışı saymaz. İslam'da iktisadî manada şahıslara tanınan özgürlük "onu insanlık için hayırlı bir araç haline getiren ideal ve değerlerle sınırlı bir hürriyet" şeklinde tanımlanabilir.⁶² İslam iktisadı, dünyayı kutsayanlar ya da dünyaya sırtını dönenler gibi yapmayıp orta bir yol edinerek dünya ve ahiret nimetlerini bir araya

⁵⁶ Meâric 70/24-25.

⁵⁷ Karadâvî, *Devru'l-Kiyemi ve'l-Ahlâki fi'l-İktisâdi'l-İslâmî*, s. 57.

⁵⁸ Bakara 2/143.

⁵⁹ Âl-i İmrân 3/110.

⁶⁰ Ebû Ubeyd, *Kitâbu'l-Emvâl*, thk. Muhammed Halil Herras, Katar, s. 57.

⁶¹ Dr. Senhurî, *el-Vasit*, VIII, (mülkiyet hakkına ait kısım); Dr. Mustafa Muhammed el Cemal, *Nizamü'l-Mülkiyye*, Menşetü'l-Meârif yayını, İskenderiye, s. 6 vd.; Dr. Yusuf el Karadâvî, a.g.e., s. 81; Muhammed Duveydar, *İktisâdiyyâtü't-tahdidi'l-İştirâki*, 1967, s. 44, Muhammed Ali Hatbule, *el-Vazifetü'l-İctimâiyye li'l-Mülkiyyeti'l-Hassa*, Dirâse mukârana, 1974, s. 10vd.

⁶² Muhammed Bakr es-Sadr, *İslam Ekonomisinin Genel Yapısı*, çev. Mehmet Keskin, Sadeddin Ergün, Rehber Yay., Ankara 1993, III, 290.

getirmiştir: Hz. Enes'in naklettiğine göre Hz. Peygamber daha çok şöyle dua ediyordu: “Allah’ım! Bize dünyada da ahiret de iyilik ver ve bizi cehennem azabından koru.”⁶³

2.4. İslam Ekonomisinde Temel İktisadi Kavramlar

İslam iktisadının bütün temel unsurları detaylı olarak yer almamış veya bağımsız bir ilim olarak düzenlenmemiş olsa da temel kavramlar en azından mefhum olarak Kitap’ta sünnette ve fıkhıta vardır. Buralarda İslâm ekonomisinin fikrî esaslarını belirleyen felsefi yönünü, ekonomik aktivitenin genel şeklini belirleyen genel kurallar yönünü ve sermaye, üretim ve tüketim gibi ekonomik analiz yönünü bulmak mümkündür.⁶⁴

İktisadi faaliyetler bir döngüyü andırır. Nitekim iktisadi faaliyetin ilk sebebi ihtiyacın karşılanmasıdır. Bunun yolu da üretimdir. Üretimde sermaye olarak ayrılmış servet ile emeğin iş birliği yapması gerekir. Bu iş birliği sonunda üretilen ise mal veya hizmettir. Bunlara yönelik nihai gaye de bunların tüketilmesi yahut devredilmesi yoluyla fayda sağlamaktır. Baştaki ihtiyaç unsuru kendini hissettirmeye başlayınca döngü yeniden kurulacak ve bu böylece sürüp gidecektir. Burada bahsedilenler, iktisatla ilgili temel kavramlar arasındaki bağı da göstermektedir.

2.4.1. İhtiyaç

İhtiyaç; artma ve doyma eğilimi gösteren, devamlı olan, giderilmediğinde insanların yaşama zorluğu çektiği, doyurulduğunda haz, doyurulmadığında elem veren bir duygudur.⁶⁵ Bu duygu, toplumun iktisadi bakımdan gelişmişlik düzeyine bağlı olarak artış gösterir. Gelişmiş toplumlarda yeni buluşların yapılması ve gelirin yüksek olması sosyal durumu etkilemekte, bu da ihtiyaçların sayısının çoğalmasına yol açmaktadır. Söz konusu çoğalma, ihtiyaçların karşılandığı mal ve hizmet alımındaki aracı rolünden dolayı bu toplumlarda paraya duyulan ihtiyacı daha da artırmaktadır.⁶⁶ İslam iktisadında ihtiyacın karşılanmasında orta yol (itidal) esas alınmıştır.

2.4.2. Üretim

Üretim, insanların ihtiyaçlarını gideren vasıtaların sağlanması ve ihtiyaca cevap verecek hale getirilmesi, mevcut malları ihtiyaçları giderecek hale getirerek bunların insanların emirlerine sunulması işlemidir ve üretim faaliyeti, iktisadın ilim olarak kuruluş genişlemesindeki en önemli etkenlerden biridir. Modern iktisat biliminde üretimin faktörleri “tabiat”, “emek”, “sermaye” ve “teşebbüs” olmak üzere dördtür.⁶⁷ Teşebbüs faktörü İslam iktisadıyla ilgili konuları ele alan klasik kaynaklarda emek faktörünün içinde ele alınarak

⁶³ Bk. İbn Hacer, *Fethu'l-Bâri*, VIII, 140, XI, 161; Müslüm, nr. 2690.

⁶⁴ Münzir Kahf, *el-İktisâdî'l-İslâmî*, Daru'l-İlm, 1979, s. 20.

⁶⁵ Oğuz, İktisada Giriş, s. 5.

⁶⁶ Oğuz, İktisada Giriş, s. 6.

⁶⁷ Oğuz, İktisada Giriş, s. 11-12.

değerlendirilmiş olduğundan, bu kaynaklarda üretimin “tabiat”, “emek” ve “sermaye” olmak üzere üç faktöründen bahsedilmektedir.⁶⁸

2.4.2.1. Tabiat

Tabiat, üretimin en temel faktörüdür. Nitekim hayat toprakta başlayıp toprakta sona ermekte ve iktisadi faaliyetler bir şekilde toprağa dayalı olarak yapılmaktadır. Kur'an'da insanın dünyaya tam hâkim olması, dünya nimetlerinden istifade etmesi istenmektedir: *“Yeryüzünü size boyun eğdirip ayaklarınızın altına seren O'dur. Şu hâlde yerin omuzlarında (üzerinde) yürüyüp dolaşın ve Allah'ın rızkından yiyin. Dönüş ancak O'nadır.”*⁶⁹ Bu ayete göre, faydalanmak için boyun eğdirilen bu dünyayı omuzlarına basarcasına kontrol etmeli, toprağı olduğu gibi doğal haline bırakarak onun imkânlarından mahrum kalıp ilerleme yarışında geriye düşmemelidir. Çünkü miktarının sabit olması, çoğalmaya ya da genişletmeye imkân bulunmayışı, üzerinde pek çok üretim işleminin yapılmasına rağmen bileşiminde bir değişme görülmemesi toprağın özelliklerindedir. Toprağın bu özelliklerinden dolayı üretim için diğer faktörler devreye girmelidir. İnsanların ihtiyaçlarını karşılamak ancak bu yolla mümkün olabilir. Nitekim tabiatın doğal haliyle yetinip onunla mücadele etmeyi göze alamayanlar iktisaden geri kalmışlardır.⁷⁰ İslam'da arazi mülkiyetine ilişkin ikta, ihya, tahcir, uygulamalarının yanı sıra öşür ve harac gibi vergilendirmelerin, tabiatın âtil bırakılmamasına yönelik işlemler olduğunu söylemek mümkündür.⁷¹

2.4.2.2. Emek

İslam iktisadında bir işin yapıldığını, çabanın sarf edildiğini belirtmek amacıyla emek kavramı için “amel” veya “sa'y”; emeğin karşılığı için “ücret” veya “kesb/iktisab”; işi yapan emek sahibi için “âmil”, işin sonunda ücret alan için “ecîr” gibi kelimeler kullanılmıştır. Bunların günümüzdeki işçi sınıfının emeğini ifade etmek için kullanılması mümkün olduğu gibi, işveren ya da kendi işinde çalışan girişimci için kullanılması da mümkündür. Yine burada söz konusu edilen emek kavramı hem dünya hem de ahiret işleri için kullanılabilir.

İktisat biliminde “aktif faktör” de denen emek ile insan gücü kastedilmektedir. Bu gücün bedenî ve zihnî olması mümkündür. Bu faktör doğrudan doğruya insanı ilgilendirdiği için bir ülkenin nüfus yapısı ve bunun nicelik-nitelik yönünden durumu üretime etki etmektedir. Çünkü nüfus artışıyla birlikte tüketim artacak ve bunu karşılamak amacıyla yeni üretim yolları aramak zorunda kalınacaktır. Bu yolların verimli şekilde kullanılması ve dışa bağımlılığın azaltılması için de nüfusun niteliğinin artırılması gerekmektedir. Zira faal nüfusun toplam nüfus içindeki büyüklüğü ne kadarsa üretimin gücü de o kadar fazla

⁶⁸ Muhammed el-Mübarek, Nizâmü'l-İslâmi'l-İktisâdî, s. 32; Yeniçeri, İslam İktisadının Esasları, s. 35.

⁶⁹ Mülk, 67/15.

⁷⁰ Oğuz, İktisada Giriş, s. 15.

⁷¹ Yeniçeri, İslam İktisadının Esasları, s. 38.

olacaktır. Bunun için de üretim imkânlarını arttıran unsurların başında gelen iş bölümünün yani emeğin uzmanlaşmasının gerçekleştirilmesi elzemdir.⁷²

Emek doğru, faydalı ve güzel olması bakımından “amel-i salih” diye isimlendirilmekte ve böylesi emek sahipleri “*İman edip sâlih ameller işleyenlere gelince, halkın en hayırlısı da onlardır.*”⁷³ ayetindeki gibi övülmektedir. Yine “*Kim zerre ağırlığınca bir hayır işlerse, onun mükâfatını görecektir. Kim de zerre ağırlığınca bir kötülük işlerse, onun cezasını görecektir.*”⁷⁴ ayetinde vurgulandığı gibi, hiç kimse iyilik veya kötülük içeren emeğinin karşılığını almaktan mahrum edilmeyecektir. Hz. Peygamber’in “*Allah Teâlâ, işi tam yaptığı halde çalıştırdığı işçiye ücretini ödemeyenin ahirette hasmı olacaktır*” hadisi de emeğin karşılıksız bırakılmaması hususunda uyarıda bulunmaktadır.

2.4.2.3. Sermaye

Elde edilen malların gelir elde etmek için üretimde kullanılan kısmına “sermaye” denilir. İnsanların ürettiği ya da üretim için ayırdığı aletler, makinalar, bunların bulunduğu fabrikalar, imalatta kullanılacak hammaddeler, kısaca başta para olmak üzere gelir getirecek her türlü vasıta sermayedir ve zekât yükümlülüğüne ilişkin şartlar, İslam’da servet ile sermaye arasındaki farkı ortaya koymaktadır. Üretim için kullanılan her çeşit alet, edevat, makine, bina ve satın alınan maddelerin zekâta tâbi tutulmayıp üretilen ve satışa arz edilen malların zekâta tâbi kılınması İslam’da sermayenin korunduğunu göstermektedir.⁷⁵

İslam iktisat düşüncesinde sermaye anlayışı ile tevekkül anlayışı arasında bir çelişki yoktur. Allah Teâlâ’nın “Rezzak (rızkı verici)” oluşunun, servet biriktirmeye ve bundan sermaye oluşturmaya engel teşkil ettiğini söylemek doğru değildir. “*Rabbinin rahmetini onlar mı bölüştürüyorlar? Dünya hayatında onların geçimliklerini aralarında biz paylaştırdık. Birbirlerine iş gördürmeleri için, (çeşitli alanlarda) kimini kimine, derece derece üstün kıldık. Rabbinin rahmeti, onların biriktirdikleri (dünyalık) şeylerden daha hayırlıdır*”⁷⁶ ayetinde bazı insanların derece derece üstün kılınmaları, malî bakımdan derece üstünlüğünü, diğer bir ifadeyle sermaye farklılığını anlatmaktadır. Ayetteki “سُخْرِيًّا” (suhriyyen)” kelimesi de belirli ücret karşılığında iş gördürmeyi yani uzmanlaşmayı ve iş bölümünü ifade etmektedir. Buna göre toplumun bir kesimi sermayesiyle bir kesimi de emeğiyle iktisadi faaliyetler içinde bulunmalıdır. Ayetin son kısmındaki “biriktirme”den anlaşıldığı kadarıyla, sermaye amaçlı olmaksızın biriktirilen âtil vaziyetteki servet kınanmaktadır.⁷⁷

⁷² Oğuz, İktisada Giriş, s. 15 vd.

⁷³ Beyyine, 98/7.

⁷⁴ Zilzâl, 99/7-8.

⁷⁵ Yeniçeri, İslam İktisadının Esasları, s. 104.

⁷⁶ Zuhruf, 43/32.

⁷⁷ Hamdi Yazır, Hak Dini, II, 1342.

2.4.3. Mal ve Hizmet

İktisat ilminde mal, ihtiyaçların giderilmesi için insanların elde etme eğilimi gösterdikleri vasıtalar. Bu özelliğe sahip vasıtaların üretiminde emek yoksa bunlara “serbest mallar”, elde edilmesi için emek harcananlara ise “iktisadi mallar” denir. İktisat ilmi açısından inceleme konusu olan mallar ikinci gruptakilerdir ve bunların tabiatında az bulunanları daha önemlidir. Bir mal doğrudan ihtiyaçların karşılanması için üretilmişse ona “tüketim malı” adı verilir. Buna karşılık ihtiyaç duyulan başka bir malın üretilmesinde kullanılıyorsa “üretim malı” denir. Gelişmiş ekonomilerde “pazar malları” denilen ve piyasa için üretilen mallar vardır ve bunlara ayrıca “meta” denir. İhtiyaçları karşılama özelliği olmakla birlikte maddî yapısı bulunmayan vasıtalara *hizmet* adı verilir.⁷⁸ Elde edilen mallar belli bir birikim düzeyine ulaştığında “servet” adını alır.

İslam’da üretimin ve tüketimin dengeli olması/iktisadilik ilkesi gereğince servet sahibi olmak değil, bunun âtil vaziyette tutulup sermaye yapılmaması eleştirilmiştir. Servetini, olması gerektiği biçimde yerli yerince harcayan diğer bir ifadeyle servetini kullanarak dengeli tüketim ve üretim faaliyetlerinde bulunan kişiden Hz. Peygamber’in övgüyle bahsetmesi,⁷⁹ İslam’da servet düşmanlığının, özel mülkiyetin reddedilmesinin söz konusu olmadığını teyit etmektedir. Malını gerekli yerlere harcamayıp sürekli gizleyip biriktiren servet düşkünü kişilerin elem dolu cehennem azabıyla müjdelenmesi⁸⁰ servetin sermayeye dönüştürülmemesinin eleştirilmesine dair delil teşkil etmektedir.

İslam’da tüketim ve sermaye amaçlı servet sahibi olmak ve iktisadi bakımdan ilerlemek önemli görülmeyle birlikte, bu gelişmenin meşru yollarla sağlanması daha önemli sayılmaktadır. “Temel hedef meşru bir gelişime erişmektir. Diğer taraftan İslamiyet, üretim için alet ve makinalara yahut binaya yatırılan sermayeyi değil, daha çok aslî ihtiyaçların ötesindeki serveti veya üretimle sağlanan karın yeniden alet ve makinalara yatırılmayan kısmını vergilendirilmektedir. Ayrıca önce büyük bir servetin ve bunun sonucu büyük bir sermayenin doğması, gelirin ise daha sonra yaygınlaştırılması, doğru olamazdı. Çünkü muhtaç kitlelerin ve hayatlarını günlük çalışmalarına borçlu olan sınıfların yaşatılması gerekir. Bu sebeple de bir yandan büyüme olurken öte yandan da ona paralel olarak adil bir gelir dağılımı sağlanmalı ve refah gittikçe arttırılmalıdır. İslam’da bu yol izlenmiştir.”⁸¹

3. Ekonomi İlmiyle Fıkıh İlmi Arasındaki Münasebet

Fıkıh ilmi çeşitli aşamalardan geçmiştir. Zira Kur’ân-ı Kerîm’de, Nebvî sünnette ve Risalet asrında fıkıh; “Kur’ân’ı, varlığı, insanı, toplumsal ve insanî olguları inceden kavrama” anlamında kullanılıyordu. Bu anlamıyla fıkıh ekonomiyi de kapsıyordu. Daha

⁷⁸ Oğuz, İktisada Giriş, s. 7-8.

⁷⁹ Buhârî, “Zekât”, 4.

⁸⁰ Tevbe, 34: “*Altın ve gümüşü biriktirip gizleyerek onları Allah yolunda harcamayanları elem dolu bir azapla müjdele.*”

⁸¹ Yeniçeri, İslam İktisadının Esasları, s. 105.

sonra fıkıh, “tafsili delillerden şer‘î-amelî hükümleri çıkararak ilmi”in özel adı olmuştur. İşte fıkıh bu terim anlamıyla, ekonomik olguyu, ekonomik problemleri, servetin nasıl gerçekleştiğini ve refaha ulaşmak için servetin nasıl idare edildiğini ele alan ekonomi ilminden farklıdır. İslâm ekonomi ilmi, ekonomik faaliyet, olgu ve gidişata ait şer‘î hükmü açıklayan fıkıh ilmi aşamasından sonra gelir. Daha sonra İslâm ekonomi ilmi gelir ve bu hüküm üzerine bina edilir ve iktisadî çalışma olarak sonuçlarını ele alır. Mesela, banka faizlerini fıkıh ilmi ele alır ve onların haram olduğuna hükmeder. Daha sonra İslâm ekonomisi gelir ve banka faizlerinin, para arzı, nakitle ticaret, faizli kredi, enflasyon ve deflasyon üzerindeki ekonomik etkilerini ortaya koyar.

İşleyiş şöyledir: Mesele → Fıkıh → İslam Ekonomi Bilimi.

Buna göre İslâm ekonomi ilminin, kabul etmeye çalıştığı her meselenin şer‘î hükmünü açıklamak için fıkıh ilmine ihtiyaç duymaması mümkün olmaz.

İslâm ekonomisinin fıkıh ve siyaset-i şer‘iyye ile doğrudan ilişkisi vardır. İslâm ekonomisi, fıkıh ilminin bir dalı ve türevi olup fıkıh ilmi üzerine bina edilmiş ikincil bir yapıdır. Fakat fıkıh ilminden şu noktada ayrılır: Fıkıh ilmi, nasslardan detay hükümleri elde etmeye dayalı iken, ekonomi eğitimi nasslardan genel teori çıkarmayı gerektirir. Fıkıh, nasstan detay hükme doğru yukarıdan aşağıya doğru bir araştırma iken ekonomi nasstan hareketle onun işaret ettiği hususlara doğru aşağıdan yukarıya doğru bir araştırma yapar.

4. İktisatla İlgili Fıkıh Kitapları

4.1. Genel Fıkıh Kitapları

Bu kitaplar, sadaka, zekât, fidye, öşür, cizye, haraç, kısmet gibi “ibadet-vergi-ceza” anlamı taşıyan kapsamlı konular içerisinde ve alışveriş, selem, kira vb. malî muamelat konuları içerisinde ekonomi konularını ele alır. Bu konuları veya fıkıh kitaplarını aşağıdaki şekilde tasnif etmek mümkündür:

1) Malî sistem: Zekât, sadaka, kefaretlar, vakıf, fey, nafaka, öşür, cizye ve haraç konuları malî sistemi kapsamaktadır.

2) Dağıtım: Geliri üretim faktörlerine göre dağıtım konusu, mesela, bütün çeşitleriyle şirketler ve kira konusunda ele alınır.

3) Gelişim: Ölü arazileri ihya, zekât, faizin haram olması vb. konularda bu husus ele alınır.

4) Sistem: Mülkiyet ve gelir dağıtım konusunda zikredilenler bununla alakalıdır.

5) Nakitler/Bankalar: Sarf, faiz, alış-veriş vb. konularda bu mesele ele alınır.

6) Devletlerarası ekonomi: Öşür, cizye, Müslüman olmayan devletlerden sulh ve fey yoluyla alınanların ele alındığı yerde bu konuya yer verilir.

4.2. Konuya Ait Özel Kitaplar

Modern ekonomi terimlerinin ışığında bu kitapları şu iki temel kısımda tasnif etmek mümkündür:

1) Ekonomi yöntemi:

- Şeybânî (v. 132-189) *Kitâbu'l-Kesb*,
- Yahya b. Ömer (v. 213-289) *Ahkâmu's-Sûk*
- Hisbe kitapları.

2) Malî sistem:

Ebû Yusuf (113-182) *Kitâbu'l-Harâc*

“Harac”, “Emval”, “Ahkâm-ı Sultâniyye” ve “Siyâset-i şeriyye” kitapları.

3) Arazi/Toprak ahkâmı:

İbn Nüceym (v. 970) *et-Tuhfetü'l-Merziyye fi'l-Arâzî'l-Mısriyye*

Mer'â el-Kürmî (v. 1023) *Tehzîbu'l-Kelâm fi Hükmi Arzı Mısır ve 'ş-Şâm*

4) Tüketim:

Berkî (v. 376) *el-Me'kel*

İbn Rakîka (v. 635) *el-Garadu'l-Matlûb fi Tedbîri'l-Me'kûl ve'l-Meşrûb*

İbn Teymiyye (v. 728) *Eklü'l-Halâl*

5) Devlet bütçesi (beytü'l-mâl):

İbn Mehze'yâr (v. 250) *Kitâbul-Humus*

Enbârî (v. 322) *Beytü Mâli's-Sürûr*

6) Ticaret:

Safvan el-Beclî (v. 210) *et-Ticârât*

İbn Mehze'yâr *et-Ticârât ve'l-icârât*

Câhız (v. 255) *et-Tebessur bi't-Ticâreti*

Sümânî (v. 562) *er-Ribhu ve'l-Hasâratu fi'l-Kesbi ve't-Ticâreti*

7) Hisbe (belediye/zabıta):

İbn Teymiyye (1263- 1329) *el-Hisbe fi'l-İslâm*

eş-Şeyzerî (ö.589/1193) *Nihâyetu'r-Rutbe fi Talebi'l-Hisbe*

Yahya b. Ömer (ö.289/901) *Ahkâmu's-Sûk*

el-Müceyledî *et-Teysîr fî Ahkâmi't-Tes'îr*

Ebu'l-Abbas Abdullah el-İbyânî (ö.352/964) *Mesâilu's-Samâsira*

İbnu'l-Uhuvve (ö.729/1329) *Me'âlimu't-Turbe fî Ahkâmi'l-Hisbe*

8) Harâc:

Bu konuda 30'dan fazla kitap vardır.

Ebu Yusuf, *Kitabu'l-Harac*

Yahyâ b. Âdem, *Kitabu'l-Harac*.

9) Faiz:

İbn Kemal Paşa (v. 940) *Tahkîku Hakîkati'r-Ribâ*

Muhammed b. Süleyman (v. 1194) *Zehru'r-Ribâ fî Beyâni Ahkâmi'r-Ribâ*

10) Refah:

Bergî (v. 376) *er-Refâhiyye*

İbn Havrânî (v. 1000) *Bülûğu'l-Münâ fî Esbâbi'l-Gınâ*

11) Rızık:

Nazzâm (v. 231) *el-Erzâk*

İbn Anbes es-Saymerî (v. 275) *Fesâilü'r-Rızık*

12) Fiyatlar (Narh):

Nevbahtî (v. 310) *el-Erzâk ve'l-Âcâl ve'l-Esâr*

13) Pazar/piyasa:

Yahya b. Ömer (v. 213-289) *Ahkâmu's-Sûk*

Ebyânî (v. 352) *Risâle fî's-Semsere ve's-Simsâr ve Ahkâmuhu*

14) Zanaat/meslek:

İbn Sâib el-Kelbî (v. 204) *Sanâyiu Kureyş*

Câhız *el-Ahtâru ve'l-Merâtibu ve's-Sanâât ve Gışşu's-Sanâât*

Tiflîsî (v. 600) *Beyânu's-Sanâât*

15) Vergi:

Hâdî ile'l-Hakk (v. 900) *Risâle fî Hükmi'l-Cibayetilleti Ye'huzuhâ'l-eimmetü*

Süyûtî, *Zemmü'l-Meks*

16) İktâ:

Vâkıdî (v. 207) *Merâ'i Kureyş ve 'l-Ensâr fi 'l-Katâi' ve Vad'u Ömer ed-Devâvîn*

17) Sular:

Ebû Zeyd el-Ensârî (v. 215) *Kitâbu 'l-Miyâh*

Sü'dan b. Mübârek (v. 220) *Kitâbu 'l-Arzı ve 'l-Miyâh ve 'l-Cibâl ve 'l-Bihâr*

18) Nafaka:

Hassaf (v. 261) *en-Nafakât*

5. İslam İktisadına Göre Menkul Kıymetler Borsası

5.1. Borsanın Tanımı ve Tarihi Gelişimi

Borsalar genel olarak iş kollarına göre adlandırılmaktadır. Döviz borsası, ticaret borsası bunlar arasında yer almaktadır. Bizim burada konu edindiğimiz borsa, işlem gören kıymetlere göre adlandırılan menkul kıymetler borsasıdır. “Borsa, işlem görmesi kabul edilen menkul kıymetlerin tescil edilmesi, alınıp satılması, fiyatlarının belirlenmesi, kontrolü gibi fonksiyonları ifa etmeye yetkili tüzel kişiliğe haiz kamu kurumudur.” İşlemlerindeki spekülatif niteliğine rağmen borsa, kapitalist sistemde iktisadi bakımdan yararlı kurum olarak görülmektedir.

Borsa bir tüzel kişiliğe sahiptir. Yönetim kurulu ve tayin edilen başkan tarafından yönetilmektedir. Borsada işlemler borsa üyeleri tarafından yürütülmektedir. Borsa üyeleri “al” emri ile aldıkları değerleri, “alan müşterilerine” ve “sat” emri ile de sattıklarının bedelini de “satan müşterilerine” ödemekle yükümlüdürler. Üyeler aracı olarak yaptıkları her işlem için komisyon alma hakkına sahiptir. Borsadan menkul değer satın almak isteyenler, doğrudan borsaya başvurarak veya girerek, almak istediği değeri alamamakta, aracı kurumlara başvurmak zorundadırlar.

Borsanın işlev ve rolü:1) Menkul kıymetlerin alınıp satılması, 2) Likidite (çok kısa sürede, paraya çevrilebilecek olan varlıklar) sağlama, 3) Piyasada tek fiyat oluşturma, 4) Güvence sağlama, 5) Ekonomik barometre, 6) Mobilite (sermayeye hareketlilik sağlama), 7) Sermayeyi tabana yayma, 8) Ekonomiye kaynak sağlama

5.2. Borsanın İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi.

Borsadaki işlemler, yani alım satım işlemleri genelde *vekâlet* sistemi içinde yürütülmektedir. İslâm hukuku, kişilerin kendileri tarafından yapılması gereken hukuki işlem ve tasarrufların vekâlet yoluyla başkasına yaptırılmasını meşru görmektedir. Vekilin müvekkili adına yaptığı işlemlerin geçerli olması için gereken şartlar bulunduğu, borsadaki işlemlerin de geçerli olması mümkündür. Borsa üyeliklerinin ve menkul değerlerin borsadaki kotaya kaydedilmesi için birtakım şartların konulmuş olmasının da bir mahzur teşkil etmeyeceği açıktır. Çünkü İslâm Hukukçularının ortak kanaatine göre, hukuki

işlem yapan taraflar, işlemin gereği olan tabii şartlara ek olarak özel şartlar ileri sürebilirler. Satıcının, «sat» emrini, adet ve fiyat belirterek panodaki ilgili yere yazması, «al» emrinin ifasını üstlenen de almak istediği sütunun üzerini çizmesi şeklindeki alım satımda bir sakınca görülmemiştir. Zira İslâm Hukuk kurallarına göre satış sözleşmesi “aldım sattım” gibi sözlü ifadelerle yapılabildiği gibi, yazılı beyanlar, işaretler ve hatta teâti denilen yöntemlerle de yapılabilmektedir.

5.3. Borsada İşlem Gören Menkul Kıymetler

Mali piyasalarda alım satım konusu olan menkul değerler, tüketilmeyen ve elden ele dolaşan kıymetler olup bu dolaşımın sonunda tekrar borsaya dönerler. Bu sebeple alım satım sonunda bunların fiilen ve fiziken teslimi gerekmemektedir. Bunun yerine teslim makbuzları elden ele dolaşır. Menkul değerlerin kendileri, borsanın takas merkezinde işleme alınır ve orada saklanır. Menkul kıymet, ortaklık ve alacaklılık sağlayarak belli bir meblağı temsil eden “hisse senedi”, “intifa senedi”, “tahvil” ve “hazine bonoları” gibi kıymetlerdir.

Hisse senetleri kâr ve zarara ortaklığı sağlayan kıymetlerdir. Bunlar, bağlı bulunduğu ticari kurumun malvarlığının belirli paylara bölünmüş belli bir bölümünü temsil eder. İşletmenin kâr ve zarar oranları gelişmelere göre fiyatları artar veya düşer. Hisse senedi sahibine kârdan pay alma, rüçhan hakkına sahip olma, işletmenin genel kuruluna katılıp orada söz hakkına sahip olma, işletmenin hesaplarını denetleme gibi haklar kazandırsa da bunun pratik bir değeri yoktur. A.Ş. şeklinde teşekkül eden kuruluşların durumu ve geleceği hakkında söz sahibi olan, kuruluşa ait hisse senetlerinin yarıdan fazlasını elinde bulunduran kişi veya kişilerdir. Bir şirketin mevcut pay sahiplerinin, şirketin Bedelli Sermaye artırımını yapılması durumunda oluşacak olan yeni payları öncelikli olarak satın alma hakkına “rüçhan hakkı” denir.

İntifa senetlerine, günümüzde kar-zarar ortaklığı veya gelir ortaklığı da denmektedir. Hisse senetlerinden farklı olarak intifa senetlerinin sahipleri işletmelerin ortağı değildir. Bu yüzden bunlar sahiplerine, rüçhan hakkı kazandırmaz, işletmenin genel kuruluna katılıp orada söz hakkına sahip kılmaz ve de işletmenin hesaplarını denetleme yetkisi vermez. Yalnız senette belirlenen periyotlarda kar kazandırırılar.

Tahviller, Ülke hazineleri ya da ülkede mal ve hizmet üreten şirketler tarafından finansman ihtiyaçlarının giderilmesi için çıkarılan ve borç gösteren evraktır. Borçlanma araçları vadelerine göre farklı isimlendirilir. Satın alındığı yıl sonuna kadar ana para ödemesi yapan senetlere “bono” denir. Ana para ödemesi 1 yıldan daha uzun sürede yapan senetlere ise “tahvil” denir. Tahvillerin satılmasındaki amaç daha ucuz finansman sağlanmasıdır. Tahvili satın alan kişi fon sağlayıcıdır. Bu durum herhangi bir şirket ortaklığı sağlamaz. Tahvil alıcısının tek hakkı ödediği ana parayı faizi ile birlikte geri alma hakkıdır.

Hazine bonoları, devletlerin bütçe açıklarını kapatmak için kendi halkından veya dış piyasalardan borç para toplamasıdır. Devlet ihtiyaç duyduğu borç miktarınca, geri ödeme

vadesi ve faiz oranı belirtilen bonolar ihraç eder ve bunlar karşılığında borç alır. Bunların her biri, belirlenen sürenin sonunda ve belirlenen faiz oranınca artış da yapılarak devletten alacağı temsil eder. Hamiline düzenlenmiş olduğu için el değiştirmesi mümkündür ve tahvil ile aynı niteliktedir.

5.4. İslâm Hukuku Açısından Menkul Kıymetler

Borsanın hükmünü belirlerken önemli olan hususlardan biri, borsada işlem gören menkul kıymetlerin niteliğidir. Müslümanlar tarafından alınıp satılmasının caiz olmasında menkul kıymetlerin niteliği de belirleyici rol oynamaktadır. Bu bakımdan belirleyici unsurlardan biri borsadaki yapılan *işlemin şekli* ise diğeri de işlem gören *menkul kıymetin mahiyeti* bakımından niteliğidir.

Menkul kıymetler *ortaklık hakkı sağlayanlar ve para karşılığında kâr güvencesi sağlayanlar* diye ikiye ayrılabilir. Ortaklık hakkı kazandıran menkul değerlerin alınıp satılmasında bir sakınca yoktur. Ortaklık ister rakabeyi (faydalanma hakkı olmayan yalnız kuru mülkiyet) kapsasın, isterse intifa ortaklığını kapsasın; hükmü değiştirmez. Para karşılığında kâr güvencesi sağlayan menkul değerler, eğer bir maldan yararlanmayı temsil ediyor ise bunların alınıp satılmasında da bir sakınca görülmemektedir. Buna karşın eğer menkul değer sağlayacağı menfaat faiz gelirini kapsıyor ise bunu caiz görmek mümkün değildir. Örnek: Tahviller ve bonolar. Çünkü bunlar faizli borç senetleri mahiyetindedir. Böyle bir tahvili alan, onu çıkaran kurum ve kuruluşa faizli borç vermiş olmaktadır.

Hisse senetleri, ait olduğu şirket, kurum ve kuruluşun paylara ayrılmış bir bölümüne ortak olmayı ifade etmektedir. Bir malı temsil ettikleri için faiz içermemekte, dolayısıyla alınıp satılmasında bir beis bulunmamaktadır. Ancak hisse senedinin temsil ettiği şirket, iş ve işlemleri ve ürettiği değerler bakımından meşru ve muteber olması gerekir. İş ve işleyişinde İslâm'ın yasakladığı bir husus bulunmamakla birlikte, faizli kredi kullanan şirketlerin hisse senetlerinin alınıp satılması da genel anlamda meşruiyet sınırları dışındadır.

İntifa senetlerine gelince onlardaki durum da farklıdır. Çünkü mübadele edilen menfaattir. Menfaati mal olarak değerlendirmeyen görüşe göre menfaati temsil eden intifa senetlerinin alınıp satılmasını caiz görmek mümkün değildir. Diğer mezheplerin görüşüne göre ise bir sakınca olmaması gerekir. Osmanlı döneminde Sened-i Hakânî, Temessük Senedi ve Sipahi Senedi gibi mîrî arazilerin işletme hakkını temsil eden senetlerin düzenlenmiş olması da bu görüşü desteklemektedir.

5.5. İşlemlerin İslâm Hukuku Açısından Tahlili

İslâm Hukukuna göre borsadaki işlemleri şu açılardan ele almak gerekmektedir: İşlemin sahih oluşu; akde konu olan nesnenin hukuki teamüle elverişli olması, bu nesnenin bir malikten diğere intikalini sağlayan işlemin icra ediliş şekli, hile ve aldatmadan uzak bir şekilde oluşmuş mübadele bedeli olarak gerçek fiyat. Dolayısıyla satım konusunu İslâm

hukuku esaslarına uygun olup olmalıdır. Buna göre mahiyet bakımından menkul değerler İslâm hukukunun yasak saydığı bir özellik taşıyorsa alınıp satılmasında bir mahzur yoktur.

5.5.1. Menkul Kıymetlerin Halka Arzı ve Satışı

Halka arzına karar verilen hisse senetleri ve tahvil ihraçları için ayrı ayrı olmak üzere izahnâme/açıklama hazırlanması ve yayınlanması zorunludur. Bu izahnâmenin ilgili şirketin maksadı, mevzuu, müddeti, esas sermaye olarak konan aylar gibi konuları içermesi icap etmektedir. İzahname, hisse senedini alan kişinin, ilgili şirket ile ilgili bilgilere sahip olmasını sağlar. Hisse senedi alanın şirketi ve şirket mallarını görme hakkı yoktur. Bu yüzden izahnâmede yer alan bilgilerle yetinmek zorundadır ki, bu bilgiler kişiyi, görmek gibi tatmin etmez. Şahısların bu şekilde aldıkları hisse senedi söylenen nitelikte olmadığında *görme muhayyerliği* gibi bir hakları da yoktur. Oysa görmeden bir mal alanın, onu gördüğünde muhayyer olup satın aldığı malı geri verme hakkı vardır. Hatta müşteri ben görme muhayyerliğinden vazgeçiyorum dese de fıkhîta bu hakkın düşmeyeceği belirtilmiştir. Diğer yandan izahnâmedeki bilgiler ile şirketin gerçek durumu arasında farklılık olur da hisse senedi alan bundan zarar görecektir, bu zararını tazmin ettirecek muhatap bulamamaktadır. Gerçek dışı bilgiler vererek halkı yanıltan ve zarara sokanlar ancak para cezası ile hapis cezasına çarptırılmakta, hisse senedi alanların zararlarını tazminle yükümlü tutulmamaktadır.

İslâm hukukuna göre böyle bir durum haksızlığa yol açtığı için tasvip edilmediği gibi, aldatmadan dolayı işlemin mağduru olan kişiye akdi feshetme hakkı tanınır. Özellikle *gabn-ı fahiş* derecesindeki aldatmalar katlanılmayacak derecede ağır olan mağduriyet olup ilgili tarafa sözleşmeyi feshetme hakkı vermektedir. Borsada vuku bulan bu gibi durumlarda faillere cezâ-i müeyyide uygulanıyor, fakat mağdur olanlara herhangi bir hak tanınmıyor. Bu durum hakkaniyete aykırı olduğu gibi, İslâm hukukunun ilgili hükümleri bakımından da işlemin geçerliliği tartışmalı hale gelmiş olur.

5.5.2. Şirket Yapılarının Haksızlığa Yol Açması

Türk Ticaret Kanunu mevzuatına göre faaliyet göstermelerine rağmen, hisse senetleri veya tahvilleri borsada işlem gören şirketlerin işleyiş ve işlemleri birçok haksızlığa yol açmaktadır. Örneğin kâr dağıtımı, hisse senetlerinin nominal değeri üzerinden belirlenen oranda yapılmaktadır. Buna göre senedin gerçek değeri dikkate alınmadığı için çok düşük oranda kar dağıtımı yapılmış olacağından hisse senedinin piyasa değeri de düşük kalacak ve senedi elinde bulunduran zarar görürken, şirketin yönetimini elinde tutan %51 hisse sahipleri haksız kazanç elde etmiş olacaktırlar. Diğer yandan borsada, finansman gücünü içinde olan şirketlerden alacaklı olan bankalar, alacaklarının sermayeye dönüştürülmesini isteyebilirler ve bu sermayenin paylara bölünmüş kısmını temsil eden hisseler borsada satılabilir. Bu durumda batık şirketlerin hisse senetleri borsada satılmış olur. Dolayısıyla bu durumda,

borsadan hisse senedi alanlar esasen sermayeye dönüştürülmüş borç satın almaktadırlar ki, bu onlar için ekonomik anlamda bir zarar teşkil eder. Bankaları kurtarıırken vatandaşları zarara sokan bu duruma, borsanın işleyişi sebep olmaktadır. “Yeniden değerlendirme” ve “sermaye artışı yapma” gibi birçok yolla da haksızlıklar yapılabilmekte ve bu haksızlıklar kişilerin bireysel iradeleri dışında sistemdeki eksiklik ve bozukluklardan kaynaklanmaktadır.

Sebebi ne olursa olsun bu gibi durumlarda bile bile insanların malları haksız yere yemekte, birileri haksız kazanç elde ederken birileri de haksız zarara uğramaktadırlar. Bu ise “Mü’minler, karşılıklı rızaya dayanan ticaret hali dışında, mallarınızı aranızda haksız sebeplerle yemeyin.” ayetinin hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. İşte bu aykırılık, borsadaki işlem gören hisse senetlerinin alınıp satılmasını tartışmalı hale getiren sebeplerden birini teşkil etmektedir.

5.5.3. Spekülatif veya Manipülatif Hareketler

Hisse senedi fiyatlarının suni olarak yükseltilmesine *spekülasyon*, hisse senedi fiyatlarının yapay olarak düşürülmesine *manipülasyon* denir. Menkul kıymetlerin alınıp satılması ivazlı işlemdir. İvazlı işlemlerde alınan veya satılan nesnenin satış bedeli olan ivaz, tabii ortamında oluşan rayiç bedel olmalıdır. Gerçek değer oluşmasına engel bir durum söz konusu olduğunda ise bu durum, işlemin sıhhatini etkileyen bir arıza olarak değerlendirilir. Örneğin İslâm hukukunda hile ve aldatma gibi rızayı bozan eylemler akdin fasit veya batıl olmasına yol açmaktadır. Böyle bir işlemi bilerek yapmak ve onun vasıtası ile kazanç elde etmek meşru değildir.

6. Sigorta Çeşitleri ve Hükümleri⁸²

6.1. Sigortanın Tanımı ve Çeşitleri

Sigorta akdini hukuk, iktisat ve sigorta tekniği açısından farklı şekillerde tanımlamak mümkündür. Ancak oldukça farklı şekillerdeki her sigorta türünü kapsayacak bir tanım yapmak zordur. Hukuk açısından sigorta akdi, rizikonun gerçekleşmesi ve hasarın ortaya çıkması halinde sigortacının “sigorta bedelini (tazminat)”, sigorta ettirenin de vade süresince “sigorta primini ödeme” borcunu üzerine aldığı karşılıklı borç doğuran bir akittir.

Sosyal sigorta, devletin sosyal güvenlik sağlama ve kamu menfaatini teminat altına almasını hedefleyen, kanunla kurulmuş kurumlar tarafından yapılan, fertlerin isteğine bırakılmayan, bir sigorta akdinin kurulmasına ihtiyaç duyulmayan, sigortalı olabilmek için kişilerin belli bir statüde olduğu, ödenecek prim ve bu sigorta ile sağlanacak menfaatlerin her sigortalının özel durumuna göre düzenlendiği sigorta türüdür. Sosyal sigortaların öngördüğü riskler daha ziyade sosyal sınıfları tehdit eder. *Özel sigorta* ise isteğe bağlıdır ve

⁸² <https://kurul.diyabet.gov.tr/Karar-Mutalaa-Cevap/3656/sigortanin-dini-hukmu>.

bir sigorta akdine ihtiyaç duyulur. *Zarar sigortasında* gerçek ve somut zararın tazmin dılması amaçlandığı için risk kişinin ekonomik bir menfaatindedir. *Meblağ sigortasında* ise riziko doğrudan doğruya kişinin kendinde meydana gelir. Örneğin hayat ve kaza sigortalarında, insan hayatının ve vücudunun sigortası söz konusudur.

6.2. Sigorta Hakkındaki Görüşler

Sigorta, İslâm'ın ilk dönemlerinde bilinmeyen, yakın zamanlarda ortaya çıkmış bir akittir. Bu nedenle sigorta konusunda fıkıh kaynaklarımızda bir açıklama bulunmamaktadır. Bu konuda ilk defa görüş beyan eden, İbn Âbidîn'dir (öl.1252/1836). Adı geçen müellif sigorta konusunu, "Reddû'l-Muhtâr" adlı haşiyesinin "Kitabu'l-Cihâd" bölümünün "Müste'men" alt başlığı altında ele almıştır. Ona göre sigorta ancak Müslüman tâcirin, dârülharpteki harbî ortağının orada yaptığı sigorta akdine dayanarak aldığı helâk olan malın bedelini müslüman tâcire göndermesi suretiyle caiz olur. Çünkü bu fasit akit iki harbî arasında darulharbte yapılmıştır ve gönderdikleri mal Müslüman tâcire onların kendi rızalarıyla ulaşmıştır.⁸³

Çağdaş araştırmacılar sigorta konusunu incelemiş ve dinî hükmünü açıklamaya çalışmışlardır. Sosyal sigortalar ve karşılıklı sigortanın caiz olduğu konusunda bu bilginler ittifak etmekle birlikte, ticarî sigortanın hükmü konusunda görüş ayrılığı içerisindeyler. Ticarî sigortanın hükmü konusunda üç ayrı görüş bulunmaktadır:

1. Ticarî sigortaların hiçbir çeşidi caiz değildir. Zira ticarî sigortada bilinmeyen unsurlar bulunmakta, bu işlem kumar veya müşterek bahse benzemekte, faiz içermektedir. Ayrıca sigorta haksız tazmindir. Sigorta akdi, güvence gibi objektif olmayan bir şeyin satışdır. Sigorta ve özellikle hayat sigortasında takdir-i ilâhîye meydan okuma vardır. İslâm'ın yasakladığı bu unsurları taşıyan sigortanın da haram olması gerekir. Buna göre, sigortacının prim, sigortalının da tazminat alması caiz değildir.

2. Hayat sigortası caiz değildir; mal ve eşya sigortası ise esas itibariyle caiz olmakla birlikte, dinen hoş değildir. Ayrıca faiz esasına dayanan sigortalar caiz değildir.

3. Sigortayı yasaklayan kesin bir nass bulunmadığından, faiz karışmaması ve genel ahlâka aykırı olmaması şartıyla sigortanın bütün çeşitleri caizdir. Zira akitlerde asıl olan, yasaklayıcı bir nass bulunmadığında helal olmasıdır.

⁸³ İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, İstanbul 1984, IV/171

6.3. Din İşleri Yüksek Kurulu'nun Görüşü

Din İşleri Yüksek Kurulu “akitlerde asıl olan caiz olmaktır, İslâm'ın öngördüğü temel prensiplere aykırı bir husus içermeyen ve akdin dinen aranan bütün unsur ve şartlarını taşıyan her akit sahihtir, yakın zamanda ortaya çıkan sigorta, söz konusu unsur ve şartları taşıması halinde caizdir” şeklindeki çıkarımdan hareket etmiş ve ticarî sigortaların, sadece hedefinin kazanç olduğu gerekçesiyle reddedilmesini doğru bulmamıştır. Buna göre “sosyal sigortalar, karşılıklı sigortalar ve ticarî sigortaların caiz olduğuna, kâr payı esasına dayalı çalışan birikimli hayat sigortası ile bireysel emeklilik tasarruf ve yatırım sisteminin ise, yatırılan primlerin, dinen helâl olan alanlarda değerlendirilmesi durumunda caiz olduğuna, konusu din tarafından yasaklanmış olan sigortanın caiz olmadığına karar verilmiştir.

Din İşleri Yüksek Kurulu bu görüşünü şu gerekçelere dayandırmıştır:

1) Fıkıhçıların hemen tamamı tarafından caiz görülen “sosyal sigortalar” ve “karşılıklı sigortalar” ile özel sigortalar arasında öz itibariyle hüküm değişikliğine götürecek temel bir fark yoktur.

2) Sigorta, meydana gelen zararın yalnızca riske maruz kalanın üzerinde kalması yerine, sigortalıların ödedikleri primlerden ödenen tazminat yoluyla bütün sigortalılara dağıtılmasını ve böylece felaket ve kazaların zararının hafifletilmesini gaye edinmiş karşılıklı taahhüt ve yardımlaşmaya dayanan bir sistemdir.

3) İslâm'ın, sosyal ve iktisadî hayata dair bütün düzenlemelerinin hedefi, hak ve görevlerde, mutlak manada karşılıklı yardımlaşma ve kefâlet esasına dayanan bir toplum meydana getirmektir. Buna göre sigorta İslâm dinindeki bu yüce hedefe aykırı değildir.

4) Başta ticaret olmak üzere pek çok ilişkinin globalleştiği günümüz dünyasında ticarî sigortanın bulunmaması başlı başına bir risk teşkil eder ve Müslümanların ekonomik açıdan mağlubiyetini sonuç verir.

6.4. Sigortayı Caiz Saymayanların Gerekçelerinin Değerlendirilmesi

6.4.1. Sigorta- Garar/Cehalet İlişkisi

Garar, akdin haksız kazanca yol açacak ölçüde kapalılık taşıması demektir. Garar; akdi iptal edici (anne karnındaki yavruyu satmak gibi, akdi ifsat edici (miktarının/vasfının belirsiz olması gibi) ve kaçınılması mümkün olmayan garar (az belirsizlik/bilinmezlik gibi) şeklinde üçe ayrılabilir. Çekişmeye yol açmayacağı kuvvetle muhtemel olan durumlarda akdin sahih olması konusunda alimler ittifak etmişlerdir. Garar ve cehaletle ilgili düzenlemelerin amacı,

hukukî işlemlerde karşılıklı rızayı, açıklık ve dürüstlüğü sağlamak, tarafların beklenmedik bir zarar ve risk altına girmesine, aldatılmasına engel olmaktır. Gararın derecesi, günün şartlarına göre belirlenebilir, ortaya çıkan yeni hukuki işlemler de bu doğrultuda hükme bağlanabilir. Bu bağlamda sigorta değerlendirildiğinde sigortada, tartışmaya yol açacak belirsizlik ve bilinmezliğin bulunmadığı görülür. Çünkü sigorta, detaylı bir şekilde hukukta düzenlenmiş olup, kendine mahsus çok ince hesaplarla işlemektedir. Ayrıca Hz. Ömer, İbn Mes'ûd, İbn Abbâs, İbn Ömer gibi büyük sahabe fakihlerinin ve Hanefilerin kabul etmiş oldukları muvâlât akdi⁸⁴, sigortada bulunan belirsizliğin akdin sıhhatine mani olmadığını göstermektedir. Çünkü sigortadaki bilinmezlik tek taraflı iken, muvâlât akdinde iki yönlü bilinmezlik mevcuttur. Şöyle ki, akdin kurulması esnasında, kimsesiz olan kişinin kaza ile ölüme sebebiyet verip vermeyeceği bilinmediği gibi, ne kadar miras bırakacağı ve mirasçı bırakıp bırakmayacağı da bilinmemektedir.

6.4.2. Sigorta – Kumar İlişkisi

Sigortanın kumara benzetilmesi doğru değildir. Zira kumar ve bahiste taraflar, kararlaştırmış oldukları parayı kaybetmeyi başta göze alıp bir ihtiyacı karşılamayı değil, oyun aracılığı ile emeksiz bir zenginleşmeyi amaçlamaktadırlar. Sigorta sözleşmesinde ise sigortalının tesadüfe bağlı bir olaydan zenginleşmesi söz konusu değildir. Çünkü sigortacı, risk gerçekleşince, üzerine aldığı riskin meydana getirdiği zararı, sigorta sözleşmesine dayalı olarak öder. Sigorta sözleşmesinde öngörülen riskin gerçekleşmesi halinde sigortalının uğradığı zarar giderilmekte olup sigortalıya bir zenginleşme sağlamamaktadır. Kumarda hiçbir surette dayanışma ve yardımlaşma özelliği ve niyeti yoktur. Bu da dayanışmayı değil, kin ve nefreti doğurur. Sigorta sözleşmelerinde ise, riskin gerçekleşmesi, kumar ve bahiste olduğu gibi taraflarca istenilen bir durum değildir. Ayrıca kumar ve bahiste tehlikenin (kaybetmenin) önlenilme ihtimali bulunmakla birlikte, sigorta sözleşmelerinde rizikonun önlenilmesi söz konusu değildir.

6.4.3. Sigortanın Konusu

Sigortada gerçek karşılık, sigortalının ödediği primle elde ettiği teminatır. Bu teminat ve taahhüt ise, risk meydana gelmeden, akdin yapılmasıyla hasıl olmaktadır. Zira sigortalıya

⁸⁴ Bir çeşit yardımlaşma sözleşmesi olan muvâlât akdi, miras bırakacak hiçbir akrabası ve yakını bulunmayan bir kişinin, diğer bir şahısla, ihtiyaç olursa kendinin diyet borcunu ödemesi, buna karşılık kendisine mirasçı olması üzerine yaptığı bir anlaşmadır. Bu akitle akraba çevresi bulunmayan bir kimse, Müslüman toplumda kendine yardımcı ve çevre edinmiş olur. Diğer tarafın akdi kabul etmesi üzerine, muvâlât akdi yapan kişinin diyet ödemesi gerektiğinde, anlaşma yaptığı mevlâsı diyetini öder; öldüğünde de geri de mirasçısı bulunmaz ise mirası himayeyi kabul eden kişi alır.

güvenlik veren bu taahhüt ve teminat sayesinde, riskin meydana gelmesi ile gelmemesi, sigortalı açısından farksız hale gelmektedir. Şöyle ki, risk meydana gelmezse mallarının, haklarının ve menfaatlerinin zarar görmesi söz konusu değildir; risk meydana gelirse alacağı tazminat sayesinde kaybı telâfi edilebilir. Güvenin bir hayır işi olduğunu, mücerret/sübjektif bir şey satıldığını söyleyerek satışının caiz olmadığını söylemenin de hiçbir delili yoktur. Kaldı ki bilginler, Kur'an öğretimi, imamlık, müezzinlik gibi sırf ibadet ve hayır işinde dahi ücret alınmasının caiz olduğunu söylemişlerdir.

6.4.4. Sigorta- Haksız Tazmin İlişkisi

Sigortada haksız tazmin söz konusu değildir. Zira sigortacı yükümlü olmadığı bir borcu yüklenmemekte, bilakis tazminat ödemelerini bilerek, hesaplayarak ve isteyerek yapmaktadır. Kaldı ki bunun benzeri, kefalet, muvalât gibi meşru akitlerde, akile⁸⁵ sisteminde de bulunmaktadır. Hanefî, Malikî ve Hanbelîlere göre meçhul bir borca kefil olmak sahihtir ve gerektiğinde kefilin bu borcu ödemesi gerekir.⁸⁶

6.4.5. Sigorta ve Faiz – Haksız Kazanç İlişkisi

Genel olarak sigortada, mutlak anlamda faizin tanımında yer alan “şart koşulmuş karşılıksız fazlalık” bulunmamaktadır. Sigorta, prim karşılığında tazminatın satışı olmayıp, güven ve teminat verme karşılığında prim almaktır. Sigortacının prim almasına rağmen kaza meydana gelmediği takdirde bu primin karşılıksız olduğu söylenemez. Zira sigortacının sigorta sözleşmesinden doğan borcu sadece riziko gerçekleşince sigorta tazminatını ödemek değil bunun yanında sigorta süresi içinde muhtemel rizikoyu da üzerinde taşımaktır. Bu çerçevede sigortacının rizikoyu üzerinde taşıma borcunun karşılığını, sigortalının prim borcu oluşturmaktadır. Diğer taraftan sigorta sistemi, sigortalının, faizde olduğu gibi daha çok kazanması amacına yönelik olmayıp, kaybının telafisi esası üzerine çalışır. Kaza sigortalarında sigortacı, sigortalının gerçekten uğradığı zararı, tehlikenin oluşması ile sigorta ettirdiği malda meydana gelen azalmayı telâfi etmektedir. Bu sebeple sigortacının vereceği tazminat miktarı, sigortalının maruz kaldığı zararı ve sigorta sözleşmesinde belirlenen sigorta bedelini hiçbir şekilde aşmamaktadır. Bu suretle, sigortalının sebepsiz yere mal kazanmış olmasına imkân verilmemektedir.

⁸⁵ Buhârî, Diyât, 24; Müslim, Kasâme, 11; Tirmizî, Diyât, 18.

⁸⁶ Mesela bir kişi, diğerine "şu yolu tutup git; çünkü emin bir yoldur, eğer başına bir şey gelirse ben ödeyeceğim" dese, o da söz konusu yoldan giderken soyulsa, teminat veren zararı öder (bk. İbn Âbidîn, Reddu'l-Muhtâr, V/332).

Sigortacının, *birikimli hayat sigortası* ile *bireysel emeklilik* tasarruf ve yatırım sistemi primleri dışındaki paraları hangi alanda değerlendirdiği, sigortacı ile sigortalı arasındaki ilişkide ve sigortanın hükmü üzerinde etkili değildir. Bu konuda sorumluluk sigortacıya aittir. Ancak ticarî sigorta çeşitlerinden birikimli hayat sigortası ile bireysel emeklilik tasarruf ve yatırım sisteminde, genel olarak primler şirketler tarafından nemalandırılarak iştirakçilere kâr payı dağıtılmaktadır. Bu da bir nevi ortaklık olduğundan, yatırılan primlerin değerlendirilme alanları dînî hüküm bakımından önem kazanmaktadır. Buna göre yatırılan primlerin, dinen helâl olan alanlarda değerlendirilmesi durumunda, bu tür birikimli hayat sigortası yaptırmak ve bireysel emeklilik tasarruf ve yatırım sistemine dahil olmak ve bunların verdiği kar paylarını almak caiz; helâl olmayan alanlarda nemalandırılması halinde ise caiz değildir. Diğer taraftan, belli bir süre prim ödendikten sonra, sigorta şirketinin maktu bir meblağ ödemesi veya aylık bağlaması şeklinde yapılacak hayat sigortası; paranın vadeli olarak satışı olacağından faiz kapsamında değerlendirilir.

6.4.6. Sigorta ve Kader İlişkisi

Sigorta akdinde, özellikle hayat sigortasında Allah'ın kudretine meydan okuma manasının mevcut olduğu ileri sürülmektedir. Halbuki sigorta, sigortalanan riskin vuku bulmayacağına değil, vuku bulduğu takdirde riskin meydana getireceği zararları tazmin edilmesi veya hafifletilmesinin taahhüdüdür. Sigorta, kişinin yalnız başına taşıyamayacağı bir zararı, diğer sigortalıların katkılarıyla sigortacının üstlenmesidir.

7. Haram Alışverişler

7.1. Bir Akitte İki Akit Yapmak

Buna *bir safkada iki safka yapmak* diye anlatılır. *Safka*, elleri birbirine vurmaktır. Satışta, satışın bittiğini anlatmak için müşteri ile satıcının ellerini birbirine vurma adetleri olduğu için akit yapmaya *safka* adı verilmiştir.

Farklı iki satış bedelinden birisi ile malı satmak. Örneğin “Ben sana şu elbiseyi peşin yüz, bir yıl vadeli iki yüze satıyorum” deyip satışın ikisinden birisi hakkında bağlayıcı olmasıdır. Ancak alıcı bu iki fiyattan birisini tercih ederse satım akdi bu fiyat üzerinde kesinleşmiş olur.

İki maldan birisini tek bir satış bedeli ile satmak. Örneğin “Ben sana şu iki maldan birisini şu fiyata satıyorum” denilmesi halinde de satılan malda belirsizlik vardır ve satış fasit olur. Ancak satış meclisinde alıcı tercihini bildirerek satışı geçerli hale getirebilir.

7.2. Necis Olan veya Necâset Karışan Şeyin Satışı

Şarap, domuz, leş ve kan gibi necis olan şeylerin satışının geçerli olmadığı konusunda görüş birliği vardır. Yine çoğunluğa göre, meselâ; içine fare düşmüş zeytin yağı ve bal gibi temizlenmesine imkân bulunmayan necaset karışmış şeylerin satışı da geçerli değildir. Hanefilere göre necâset karışmış olan sıvı bir yağın; deri tabaklamak, yağlamak veya mescit dışındaki alanlarda aydınlatmada kullanmak gibi, yemek dışında başka amaçlarla satılması caizdir. Diğer yandan kan (insan kanı hariç) gibi necis olan bazı şeylerin zaruret sebebiyle, eti yenmeyen hayvanların ve haşeratin ise kendilerinden yararlanmak mümkün olduğu takdirde satışı caiz görülmüştür. İlâç yapımında kullanılmak üzere yılan vb. haşerati, bekçilik, avcılık için köpeği satmak gibi.

7.3. Kabzdan Önce Satış

Hadiste şöyle buyurulmuştur: *“Hz. Peygamber malların satın alındıkları yerde satışını, tüccar onları kendi yükleri arasına götürünceye kadar yasaklamıştır.”*

Hanefilere göre taşınabilir şeylerin kabzdan önce satışı caiz değildir. Çünkü böyle bir satış sünnetle yasaklanmıştır. Fakat taşınmazların kabzdan önce satışı caiz görülmüştür. Çünkü bunların satış süresi ile teslim tarihi arasında bir değişikliğe uğraması ender rastlanan bir durumdur.

Şâfiîlere göre ise kabzdan önce satış yasağı genel anlam ifade eder, menkul ve gayri menkul tüm malları kapsamına alır. Mâlikîler bu konudaki yasağı yalnız yiyecek maddelerine, Hanbelîler ise ölçü, tartı veya standart olup sayı ile alınıp satılan şeylere ait kabul etmişlerdir.

7.4. Kaporalı Satış (Arbûn Satışı)

Kaparo; satım veya kiralama akdinde müşterinin sözleşmeyi tamamlaması halinde toplam fiyattan düşülmesi, cayması durumunda ise mal sahibinde kalması şartıyla yapılan ön ödemedir.

Müşterinin sözleşmeden cayması halinde kaporanın kendisine iade edilmesi şartıyla yapılan akdin cevazında bir ihtilaf yoktur. Alıcının akitten cayması durumunda verdiği kaporanın yanması yani satıcının mülkiyetine geçmesi şartıyla yapılan akdi fakihlerin çoğu caiz görmemişlerdir. Hanefiler böyle bir akdi fasit, Şafiiler ve Malikiler ise batıl saymışlardır. Çünkü bu tür bir akit; fasit bir şart ve belirsizlik içermekte, haksız kazanç sebep olmaktadır.

Caiz Görenler: Abdullah b. Ömer, Zeyd b. Eslem, Mücahid ve Hasen-i Basrî gibi sahabe ve tabiin âlimleriyle Hanbelîlerin çoğunluğu kaporalı alışverişi caiz görmüşlerdir. Bu görüşe 1) Kaporalı alışverişi yasaklayan rivayetin zayıf olduğunu, 2) Akitlerde mubahlığın asıl olup imkân ölçüsünde şartlara riayetini gerektiğini, 3) Hz. Ömer zamanında Mekke valisi

Nafi' b. Abdulharis, Safvan b. Ümeyye'nin Halife adına kaporalı bir işlem yapmış olduğunu delil getirmişlerdir.

Bazı Hanbeliler, kaporalı akitlerin kesinleşeceği belli sürenin belirlenmesini şart koşmuşlar, bu süre içinde müşterinin cayması hâlinde, kapora satıcının mülkiyetine girer, demişlerdir. Fıkıh Akademisi (Mecmau'l-Fıkhî'l-İslâmî) bedellerden birinin veya ikisinin birden peşin olarak tesliminin gerektiği selem ve sarf gibi işlemler dışındaki kaporalı işlemler konusunda aynı görüşü benimsemiştir. Netice olarak, Müslümanların nasslara muhalif olmayan örf ve uygulamaları genel olarak caiz görülmüştür. Günümüzde kaporalı alışverişler özellikle bazı sektörlerde ticarî hayatın gereği ve esnafın örfü hâline gelmiştir. Hz. Peygamber (s.a.s.) helali haram, haramı da helal kılmadığı müddetçe Müslümanların şartlarına bağlı kalmalarını öğütlemiştir.

Hanefî mezhebi de nasslara muhalif olmamak kaydıyla toplumun örf ve uygulamalarında geçerliliği olan şartlara bağlanarak yapılan satım akitlerini geçerli saymıştır (Mecelle, md. 188). Akdin belirlenen sürede kesinleşmemesi halinde kaporanın satıcıda kalabileceği yönündeki görüşün bu ilkelere aykırı olmadığı görülmektedir. Aksine kaporanın müşteriye iadesini şart koşmak kapora uygulamasını anlamsız hâle getirmektedir. Bu sebeple; akdin kesinleştirileceği sürenin baştan tespit edilmesi, tarafların her ikisinin de kapora uygulamasına rıza göstermesi, işlemin selem ve sarf gibi bedellerden en az birinin peşin olması gereken bir akit olmaması şartlarıyla yapılacak kaporalı alışveriş akdi caiz olur.

7.5. İyne Satışı (Veresiye Pahalı Satıp Aynı Malı Ucuz Fiyatla Geri Almak)

Satıcı ve alıcının caiz olmayan bir amaca ulaşmak için caiz olan bir şeyi yapmasıdır. Bir kimsenin kredi sağlamak amacıyla, vadeli olarak yüksek fiyatla aldığı bir malı, aynı kişiye peşin paraya daha ucuz fiyatla satmasıdır. Kimi zaman da veresiye alan bu kimse, malı önce üçüncü bir kişiye satar, bu da aynı malı önceki satıcıya devreder. Ebu Hanife'ye göre İyne satışı üçüncü bir kişi araya girmeksizin yapılmışsa fasittir. Şâfiî ve Zâhirîlere göre ise kerahetle birlikte sahihtir. İyne satışı Mâlikî ve Hanbelîlere göre kötülüğe giden yolu kapama (seddü'z-zerâyi') prensibine göre batıldır.

7.6. Şehirlinin Köylü Adına Satış Yapması (Hâzırın Bâdî İçin Satış Yapması) ve Telakkî'r-Rukbân (Kafileleri Yolda Karşılama) Yasağı

Sebze, meyve ve taneli bitkileri üretenlerin bunları pazarlaması sırasında aldanmamaları için İslâm'da birtakım önlemler alınmıştır. Çünkü tarımla uğraşan çiftçi ve köylü çoğu zaman piyasa fiyatlarını izleyemez, esnaf ve tüccarın bu konudaki tecrübeleri karşısında aldanmaya maruz kalır. Diğer yandan dışarıdan mal getirenleri belli sayıda kişilerin karşılayıp ellerinden mallarını alması ve onlar adına satış yapması tekelleşmeye yol açar. Aynı cins malı satan az sayıda kişilerin ise kendi aralarında anlaşarak fiyatları sun'î olarak yükseltmeleri ve bunun topluma zarar vermesi her zaman söz konusu olabilir.

İslâm, dış müdahalelerden uzak, kendi içinde serbest rekabete açık, akıcı ve şeffaf bir ticaret piyasası amaçlamıştır. Câbir b. Abdillâh (r.a.)'ın naklettiği aşağıdaki hadis bu amacı açıkça belirlemektedir: “Şehirli köylü adına satış yapamaz. İnsanları kendi haline bırakınız, Allah onlardan bir bölümünü diğerleri sebebiyle rızıklandırır.” Dıştan mal getirenle yerleşim merkezinde bulunan tüccar arasında şöyle bir sözleşme söz konusu olur. Şehirli satıcı köylüye veya dışarıdan mal getirene; “Sen bu malı bana bırak; ben onu senin adına tedricen satayım.” Bunun genel olarak şehre giren bütün mallar için başvurulan bir yöntem olduğu düşünülürse o yörede belli tekeller oluşur ve toplum bundan zarar görür.

Hanefilere göre böyle bir satış belde halkına zarar veriyorsa mekruhtur. Şâfiî ve Hanbelîlere göre burada yasaklanan husus köylünün elinden malın günlük fiyatın üstünde bir fiyatla peyderpey satmak üzere şehirli tarafından alınmasıdır. Fiyatı bilmeyen şehirli de bu kapsama girer. Böyle bir satışta muhayyerlik hakkı söz konusu olur. Mâlikîlere göre ise şehir dışından gelen (bâdî) ifadesi hadiste bir kayıt olup, bununla piyasa fiyatlarını bilmeyen kimseler kastedilmiştir. Malların ve piyasanın fiyatlarını bilen şehir ve köy halkı ise bu kapsama girmez. Fiyatları bilmeyen kimsenin bu şekilde satışı ile fesih hakkı doğar.

7.7. Neceş Satışı (Müşteri Kızıştırılarak Fiyatların Yükseltilmesi)

Neceş bir terim olarak satış bedelindeki sun'î artışı ifade eder. Bazen gerçek alıcı olmadığı halde, müşteri kızıştırmak için alıcı gibi davranan ve bu yolla fiyatı sun'î olarak yükselten kimseler olur. Müşteri kızıştıran kişi, satıcı ile anlaşarak bu işi yapar. Ya ona satışta ortak ya da ondan satış başına bir komisyon alır. Hz. Peygamber (s.a.); “*Müşteri kızıştırmayınız*” buyurarak bunu yasaklamıştır.

Günümüzde özellikle açık arttırmalarda bu yola çokça başvurulduğu görülür. Gerçek alıcı olmadığı halde satışa giren bazı kimseler kimi zaman fiyatın yükselmesini sağlarken kimi zaman da bir menfaat karşılığında açık arttırmadan çekilerek malın çok ucuza satılmasını sağlamaktadır. Bu son durumda da satıcı yerine alıcı lehine menfaat sağlanmaktadır. İslâm'da açık arttırma yoluyla satış caiz görülüş, bizzat Hz. Peygamber tarafından da bu gibi satışa başvurulduğu olmuştur. Örnek: Yoksul bir sahabenin bir eşyası açık arttırma sonucu en yüksek fiyatı verene satılmıştır.

Neceş satışı mekruh olmakla birlikte geçerlidir. Bu kerahet malın gerçek değerinden daha yüksek bir fiyata satılması halinde söz konusu olur. Bir kimse alıcı olmadığı halde malın gerçek değerine kadar fiyatı yükseltmeye devam etse bunda bir sakınca bulunmaz. Çünkü bu, adaletin gerçekleşmesine yardımcı olur. Diğer yandan açık arttırma ile satış en yüksek fiyatı verene malı satmak anlamına geldiği için sonuçta satım akdi gerçekleşir. Dışarıdan fiyatı hileli yollarla aşırı yükseltmeye veya aşırı düşük tutmaya çalışanlar ise günah yükü altına girmiş olurlar.

7.8. Cuma Namazı Sırasında Alış-Veriş Yapmak

Cuma namazı için ezan okunduğu zaman, çevrede bulunan bütün ergin mü'min erkeklerin toplu olarak namaza katılmaları gerekir. Kur'an-ı Kerim'de şöyle buyrulur: “*Ey iman edenler! Cuma günü namaza çağrıldığınız zaman, hemen Allah'ın zikri olan namaza koşun. Alış-verişi*

bırakın.» Cuma günü nöbette bulunan güvenlik görevlisi, bekçi, nöbetçi, hasta, sakat, hastabakıcı gibi özürlü olanlar dışında cuma namazı kılınan yöredeki tüm ergin müslüman erkeklerin alış-verişi veya başka işlerini bırakarak cuma namazına gitmeleri farz-ı ayn'dır. İşi bırakıp cuma namazına gidiş ve dönüş süresi Ebu Hanife'ye göre ilk ezandan cuma namazının farzını kılıncaya kadar olan süredir. Diğer müçtehitlere göre ise bu süre imam hutbe için minbere çıktığı andan itibaren başlar ve farzın sonuna kadar sürer. Hanefilere göre bu süre içinde alış-veriş yapmak tahrimen mekruh olmakla birlikte geçerlidir. Şâfiîlere göre haram, Mâlikîlerin meşhur görüşüne göre ise feshedilebilir niteliktedir. Hanbelîlere göre bu süre içinde yapılacak alış-veriş prensip olarak geçerli değildir.

7.9. Satış Üstüne Satış Yapmak

Satıcı ve alıcı belli bir mal ve satış bedeli üzerinde anlaştıktan sonra başkasının araya girerek bu alış-verişi bozması ve bu arada alıcıya kendi malını satmaya kalkışması müminler arasında menfaat çatışmalarına yol açar. Hz. Peygamber (s.a) şöyle buyurmuştur: “Sizden hiçbir kimse kardeşinin satışı üzerine satış yapmasın.” İslâm bu şekilde davranmanın haram olduğu ve bunu yapanların âsî bulunduğu konusunda görüş birliği içindedir. Satış üstüne satışın hükmüne gelince; Hanefî ve Şâfiîlere göre bu tür satış günah olmakla birlikte sonuç doğurur. Mâlikî ve Hanbelîlere göre ise böyle bir satış fasittir.

DEĞERLENDİRME SORULARI

1. İslam ekonomisini diğer ekonomik sistemlerden ayıran en temel özelliği aşağıdakilerden hangisidir?

- A) İnsan modeli B) Ahlaki kaygıları C) İctihadı kullanması
D) İstihdam anlayışı E) **Vahye** dayanması

2. Fıkıh kitaplarında geçen “sa’y”, “kesb/iktisab”, “âmil” kavramları ekonomi biliminde üretimin hangi faktörünü ifade etmek için kullanılmıştır?

- A) **Emek** B) Tabiat C) Sermaye
D) Teşebbüs E) Hepsi

3. İktisat kavramı köken/etimoloji olarak ele alındığında aşağıdakilerden hangisiyle çelişir?

- A) Emek-Sermaye B) **Cimrilik**-İsraf C) Akıl-Vahiy
D) İnsan-Mal E) Hepsi

4. Aşağıdakilerden hangisi İslam ekonomisinde belediye-zabıta işleri ile ilgili kaynaklar arasında yer alır?

- A) Şeybânî, *Kitâbu'l-Kesb* B) Ebû Yusuf, *Kitâbu'l-Harâc*
C) İbn Teymiyye, *el-Hisbe fi'l-İslâm* D) Saymerî, *Fesâilü'r-Rızk*
E) Tiflîsî, *Beyânu's-Sanâât*

5. İslam ekonomisinde **alışverişlerin** ve verilen sözlerin rızaya ve adalete dayanması, faiz ve aldatma içermemesi, bireye, topluma ve çevreye zarar ve sıkıntı veren konularda ticaretin yasak olması aşağıdaki alanlardan hangisiyle doğrudan alakalıdır?

- A) Dağıtma B) Mülkiyet C) Üretim
D) **Mübadele** E) Tüketim

6. Hanefi mezhebi fikrine göre intifa senetlerinin satışının caiz olmayacağı kanısına varılmıştır. Bunun temel sebebi aşağıdakilerden hangisidir.

- A) Madumun satışı B) **Menfaatin** satışı
C) Fasit satış D) İyne usulü satış E) Faiz barındırması

7. Bir kimsenin kredi sağlamak amacıyla, vadeli olarak yüksek fiyatla aldığı bir malı, aynı kişiye peşin paraya daha ucuz fiyatla satması işlemine ne ad verilmektedir?

- A) İyne B) Neceş C) Telakkı'r-Rukbân
D) Münâbeze E) Mülamese

8. Hangi mezhebe göre kaporalı satışın caiz olduğu söylenebilir?

- A) Hanefi B) Şafii
C) Maliki D) Hanbeli E) Zahiri

9. Cuma namazı vaktinde alışveriş yapma hakkında aşağıdaki verilenlerden hangisi yanlıştır.

- A) Hanefilere göre bu süre içinde alış-veriş yapmak tahrimen mekruh olmakla birlikte geçerlidir.
B) Şafiilere göre bu süre içinde alışveriş yapmak haramdır.
C) Mâlikîlerin meşhur görüşüne göre ise feshedilebilir bir niteliktedir.
D) Hanbelîlere göre bu süre içinde yapılacak alışveriş prensip olarak geçerli değildir.
E) Şafiilere göre bu süre içinde alışveriş yapmak tahrimen mekruh olmakla birlikte geçerlidir.

10. Aşağıdakilerden hangisi haksız kazanç yollarından biri değildir?

- A) Vadeli satış B) Faiz
C) Rüşvet D) Hileli alışveriş E) Tağrir

ONİKİNCİ HAFTA

ÜNİTE XIII: İSLAM HUKUKUNDA FAİZ YASAĞI VE İSLAMİ FİNANS

KONULAR

1. FAİZİN TANIMI
2. FAİZ TÜRLERİ
 - 2.1. Borç Faizi
 - 2.2. Alış-Veriş Faizi
 - 2.2.1. Fazlalık Faizi
 - 2.2.2. Veresiye Faizi
3. FAİZ GERÇEKLEŞEN MALLAR
4. FAİZİN YASAKLANMA SEBEPLERİ
5. İSLAMİ FİNANS
6. İSLAMİ FİNANSIN GENEL İLKELERİ
7. İSLAMİ FİNANS ENSTRÜMANLARI

AMAÇLAR

1. Faizin lügat ve ıstılah anlamlarını öğrenmek
2. İslam'da faiz çeşitleri hakkında bilgi sahibi olmak
3. Faizin yasaklanma sebeplerine vakıf olmak
4. İslami bankacılık kavramını öğrenmek
5. İslami bankacılığın çalışma esaslarını öğrenmek

HAZIRLIK SORULARI

1. Faiz ile alışveriş arasındaki fark nedir?
2. Günümüz faiz çeşitleriyle İslam'daki faiz çeşitlerini karşılaştırınız?
3. Faizin yasaklanma sebeplerini tartışınız?
4. Üniteye geçmeden önce İslami bankacılık hakkında araştırma yaparak ön bilgi sahibi olunuz?

1. FAİZİN TANIMI

Günümüz iktisadî hayatında ve hukuk literatüründe sıkça kullanılan faiz kavramına karşılık olarak klasik ve çağdaş İslam hukuku kaynaklarında *riba* kavramı kullanılmaktadır.

Faizin Sözlük Anlamı

Ziyade (fazlalık), nema (artma), çoğalma ve gelişme gibi manalara gelen *riba*'nın (ربا) Türkçedeki karşılığı faizdir. Başka bir ifadeyle *riba* kelimesi sözlük anlamıyla ziyadeleşmek, fazlaşmak, yüksek yere çıkmak manasına mastar olup, faiz (فائض) dediğimiz “artık değer” ismi olmuştur.

Cahiliye döneminde Araplar vadedeki uzamayı dikkate alarak malın artması esasına göre borç alışverişlerinde bulunur ve bu artışa *riba* derlerdi. Görüldüğü üzere Cahiliye Arapları *riba* ve ondan türeyen diğer kelimeleri yalnız lügat manasında kullanmıyorlar ayrıca *ribanın* başka bir manasını da biliyorlardı. Onların *riba* kelimesine yükledikleri anlam, vadenin uzamasına göre maldaki artış miktarıdır. Cahiliye dönemindeki Arapların *riba* kelimesinin lügat manasının dışındaki başka bir anlamını bildiklerini Kur’an-ı Kerim’deki şu ayetlerden de anlamaktayız:

وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رَبًّا لَيْرَبُّوا فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرْبُوا عِنْدَ اللَّهِ وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُضْغَفُونَ

“İnsanların malları içinde artsın diye faizli ödünç verdikleriniz Allah katında artmaz. Allah’ın hoşnutluğunu isteyerek verdiğiniz zekâta gelince, işte (mânevî kârlarını) kat kat arttıranlar onu verenlerdir.”⁸⁷

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ
فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلُمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ

“Ey iman edenler! Allah’tan korkun ve gerçekten iman etmiş iseniz faizden kalanı bırakın. Bunu yapmazsanız Allah ve Resulü tarafından size bir savaş açıldığını bilin. Eğer tövbe ederseniz, haksızlık etmemek ve haksızlığa uğramamak üzere anaparanız sizindir.”⁸⁸

Bu iki ayetten de anlaşıldığı gibi Kur’an-ı Kerim *riba* kavramını hem mücerret lügat manasında ve hem de muhataplarının anladığı örfi bir manada kullanmıştır.

⁸⁷ Rum, 39.

⁸⁸ Bakara 278, 279.

Faizin terim anlamı

Faiz (riba), ıstılahta karşılıklı faydaya yönelik bir sözleşmede karşılıksız kalan herhangi bir fazlalıktır. Başka bir ifadeyle mübadeleli akitlerde taraflardan biri lehine şart koşulan karşılıksız fazlalıktır. Ayrıca faiz, paranın değişim sürecinde vadeden doğan fazlalıktır. Yani emeksiz olarak ve herhangi bir riske de girmeden sermayenin kazancıdır. Faizi paranın kirası şeklinde tarif edenler de vardır. Bu durumda faiz, parayı muvakkat bir zaman için kullanmanın bedeli olmaktadır.

İslam Hukukundaki en genel tarifıyla faiz, borç verilen bir parayı veya malı belli bir süre sonunda ve belirli bir fazlalıkla yahut borç ilişkisinden doğan ve süresinde ödenmeyen bir alacağa ek vade tanıyıp bu süreye karşılık onu fazlalıkla geri almanın veya bu şekilde alınan fazlalığın adıdır.

Buraya kadar yapılan tariflerden anlaşılacağı üzere faizin en temel niteliği zarar ihtimalinin bulunmamasıdır. O halde faizi zarara katılmayan kâr olarak da niteleyebiliriz.

Modern hukukta ise faizle ilgili yapılan yaygın tariflerden biri şudur: “Konusu bir miktar paranın ödenmesinden ibaret olan borçlarda, alacaklının bu paradan mahrum kaldığı süreye ve belirli bir orana bağlı olarak gerçekleşen bir karşılıktır.”

2. FAİZ TÜRLERİ

Faiz, mübadeleli akitlerde taraflardan biri lehine şart koşulan karşılıksız fazlalıktır. Haram olan bu karşılıksız fazlalığın iki ayrı konuda tahakkuk edeceği hususunda İslam hukukçuları görüş birliği içindedirler. Bunlardan birincisi “borç” diğeri de “alış-veriş” işlemleridir.

2.1. Borç Faizi

Borçlunun alacaklısına ödemek zorunda olduğu karşılıksız fazlalığa denir. Diğer yandan borcun ertelenmesinden dolayı ortaya çıkan faize de borç faizi (ribe'd-deyn) denir. Borç faizinin bir diğeri de şudur: “Zimmete geçen borca karşılık, ödenen malda veya parada şart kılınan fazlalıktır.”

Tariflerde görüldüğü üzere borç faizinde, şartlı olarak verilen borç paranın getirdiği bir fazlalık söz konusudur. Faizin bu türü, alınacak belirli bir fazlalık karşılığında borç/kredi verme yoluyla oluşur. Bunda asıl olan, vade karşılığında verilenden fazlasını almaktır. Örneğin, 1000 TL'nin bir ay vadeyle 1010 TL karşılığında borç verilmesi faizli bir işlemdir ve burada borç faizi tahakkuk etmiştir.

Cahiliye dönemindeki Araplar arasında çok yaygın bir faizli muamele olan borç faizi, işte bu yaygınlığı sebebiyle “cahiliye ribası” olarak da isimlendirilmiştir. Bu dönemde alacaklı borçlusuna “Ya ödersin ya artırırısın” derdi veyahut da borçlu, vadesi dolup da ödemediği borcu için alacaklısına “Sen bana mühlet ver, ben de sana anaparaya ilaveten fazla bir meblağ ödeyeyim” diye teklifte bulunurdu. Bu teklifin alacaklı tarafından yapıldığı da

olurdu. İki taraf bu hususta anlaşınca faiz akdi yapılmış olurdu. Vade farkına tekabül etmek üzere alacaklının borçludan aldığı ilave meblağa ve fazla ödemeye faiz denirdi. Bu akit yapılırken borcunun tehir edilmesini ve mehil verilmesini ifade etmek için “nesie” kelimesi ve ondan türeyen fiil kullanıldığı için borç faizine ikinci bir isim olarak “veresiye faizi (ribe’n-nesie)” de denilmiştir. Kur’an-ı Kerim’de yasaklanan faiz borç (deyn) faizidir. Zira faizle ilgili ayetlerin indiği sırada Arapların arasında yaygın olan faizli muamele türü borç faiziydi.

2.2. Alış-Veriş Faizi

Cahiliye dönemindeki Arapların Hz. Peygamber’e gelinceye kadar henüz bilmedikleri ve ilk defa Hz. Peygamber tarafından ortaya konulduktan sonra öğrendikleri bir faiz çeşididir. İslam hukukçularına göre alış-veriş faizi, “fazlalık faizi (ribe’l-fadl)” ve “veresiye faizi (ribe’n-nesie)” olmak üzere ikiye ayrılır.

Peşin alış-verişlerde ortaya çıkan faize “fazlalık faizi (ribe’l-fadl)”, vadeli alış-verişlerde ortaya çıkan faize “veresiye faizi (ribe’n-nesie)” denir. Hz. Peygamber, alış-veriş faizi hakkındaki ilk açıklamasını Hicretin VII. yılında Muharrem ayında gerçekleşen Hayber Gazvesi esnasında yapmıştır.

Gazveye iştirak eden Ubâde b. Sâmit’in rivayet ettiği hadis, alış-veriş faizinin iki çeşidini de açıklamakta ve bu mevzudaki hadislerin en kapsamlısıdır. Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ،
وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ، مِثْلًا بِمِثْلٍ، سِوَاءَ بِسِوَاءٍ، يَدًا بِيَدٍ، فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ، فَبِيعُوا
كَيْفَ شِئْتُمْ، إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ

“Altına karşılık altın, gümüşe karşılık gümüş, buğdaya karşılık buğday, arpaya karşılık arpa, hurmaya karşılık hurma, tuza karşılık tuz, misli misline birbirine eşit ve peşin olarak satılırlar. Malların sınıfları değişirse, peşin olmak şartıyla istediğiniz gibi satın.”⁸⁹

Bu Hadis-i şerif alış-veriş muamelelerinde ortaya çıkan iki faiz türünü de (ribe’l-fadl ve ribe’n-nesie) kapsamaktadır.

2.2.1. Fazlalık Faizi

Tartılan (veznî) veya ölçülen (keylî) bir cins eşyanın kendi cinsine karşılık peşin olarak fazlalıkla satılması ile meydana gelir. Fazlalık faizi, paranın para karşılığında veya misli malların birbiriyle takasında karşılıklardan birindeki ölçülebilir fazlalıktır. Misli mal, aynı türe ait olup ölçü birimleriyle alınıp satılan mallardır. Fazlalık faizi, aynı cins misli malların ya da aynı cins paranın peşin mübadelesinde bedellerden birinde ölçülebilir bir fazlalığın

⁸⁹ Müslim, Müsakat, 15.

bulunması halinde gerçekleşir. Nicelik olarak ölçülebilen bu fazlalık, mallar arasındaki kalite, ayar veya işçilik farkından dolayı verilse bile faiz kapsamına girmektedir.

Meselâ işlenmiş bir altın, fazla miktarı işçiliğe karşılık tutularak kendisinden daha ağır bir altınla mübadele edilemez. Çünkü Hz. Peygamber içinde altın, gümüş ve cevher bulunan bir gerdanlığın tahminî bir miktar altın karşılığında satışına izin vermemiştir. Gerdanlıktaki altınların çıkarılmasını emretmiş ve altınlar çıkarıldıktan sonra, “*Altını altın karşılığında tartı ile (eşitliğe riayet ederek) mübadele edin*” demiştir. Buna göre meselâ 24 ayar 10 gram altın 18 ayar 15 gram altınla veya 10 gramlık bir bilezik 15 gramlık külçe altınla değiştirilse bu gram farkları fazlalık faizi sayılır. Bundan kaçınmak için altınların birbiri karşılığında değil, her birinin para karşılığında satışının yapılması gerekir. Aynı şekilde, farklı cins buğdaylar takas edilecekse ya eşit miktarda olacak ya da buğdaylar ayrı ayrı para karşılığında alınıp satılacaktır. Malın mal ile takas edilmesi gerektiğinde, malların para karşılığında satılması ve satın alınması önerilmiştir.

Bir alış-veriş muamelesinde fazlalık faizi, şu unsurların bir araya gelmesiyle ortaya çıkar:

1. Ortada peşin bir mal veya para mübadelesinin bulunması.
2. Mübadelenin aynı cinsten iki mal veya para arasında bulunması.
3. Malların hadiste geçen faiz sınıflarından veya hadiste geçmediği halde bu sınıflara katılan mallardan olması.
4. Malların birinde diğerine göre fazlalığın bulunması

Fazlalık faizine örnek olarak Ebû Saîd el-Hudrî ve Ebû Hureyre'den rivayet edilen şu Hadis-i şerifi gösterebiliriz: “Resulullah, bir zatı Hayber’e vali göndermiş, o da kaliteli bir hurma getirmişti. Resulullah:

- Hayber’in bütün hurmaları böyle midir? diye sordular. O zat:

- Hayır, vallahi ey Allah’ın Resûlü! Biz bunun bir ölçeğini iki ölçeğe, iki ölçeğini üç ölçeğe alıyoruz, dedi. Bunun üzerine Resulullah:

- Öyle yapma. Âdi hurmayı para ile sat. Sonra bu para ile kaliteli hurmayı al, buyurdular.⁹⁰

Hız. Peygamber bu hadiste, alış-veriş muamelesinde ortaya çıkan fazlalık faizinden uzak durulmasını öğütlemiştir.

2.2.2. Veresiye Faizi

Veresiye faizi, paranın para ile ya da malın mal ile mübadelesinde karşılıklardan birindeki vadedir. Burada fazlalık olsun ya da olmasın, karşılıklardan birinin vadeye kalması faiz kabul edilmektedir. Meselâ 10 gram altın vadeyle 10 gram altın veya 75 gram gümüş karşılığında satılırsa veresiye faizi ortaya çıkar. Burada, peşin olanın vadeli olandan daha değerli olduğu prensibi dikkate alınmıştır. Yani peşin 1000 TL vadeli 1000 TL’den daha değerlidir. Veresiye faizi denen bu tür faiz ister aynı ister farklı cinsten olsun, faize konu teşkil eden iki malın mübadelesinde bedellerden birinin veya her ikisinin vadeli olması halinde gerçekleşir. Bu işlemlerde paraya karşılık para, mala karşılık da mal satılmaktadır.

⁹⁰ Müslim, Müsâkât, 81; Tirmizî, Büyû, 23.

İslâm'ın izin verdiği vadeli satış türü ise bedellerden birinin para diğerinin mal olduğu işlemidir. Paralı bir işlemde ister mal peşin para vadeli ister para peşin mal vadeli olsun faiz gerçekleşmez. Alınan ve verilen miktarların eşit olması şartıyla ödünç akdinde faiz söz konusu olmaz. Bunun sebebi ödünç akdinin teberru/iyilik esasına dayanan bir akit olmasıdır.

Ödünç işlemiyle, borç işleminin birbirine karıştırmamak lazımdır. Şunu hemen belirtmek gerekir ki ödünç akdinde faiz cereyan etmez. Zira “borç (deyn)” ve “ödünç (karz)” bir yönüyle farklı muamelelerdir. Borç, bir akitten veya tazminattan doğan ödeme yüküdür. Ödünç ise, tüketmek ve daha sonra dengini vermek üzere alınan borçtur. Dolayısıyla her ödünç borçtur, fakat her borç ödünç değildir. Örneğin; daha sonra ödemek üzere alınan bir ton buğday hem borç ve hem de ödünçtür. O buğday, veresiye iki altına karşılık alınsa, bu iki altın borçtur, ama ödünç değildir. Ödünç, bir ihtiyaca mebni istenir ve yardım amacıyla verilir. Vadeli mübadelede ise süre bağlayıcı olur.

Ödünç, eksiği ve fazlası olmadan ödenir. İçinden gelerek, borcunu fazlasıyla ödeyen iyi bir iş yapmış olur. Bu, bir anlaşmaya dayalı olmadığı için faiz olmaz.

Eğer bir mübadelede bedellerden biri para olursa, alış-veriş hem veresiye ve hem de peşin caizdir. İster mal peşin para veresiye ister para peşin mal veresiye olsun durum fark etmez.

3. FAİZ GERÇEKLEŞEN MALLAR

İslâm hukukçuları arasında faizin haram olduğu konusunda görüş birliği bulunmakla beraber, hangi mallarda gerçekleştiği hususunda ittifak yoktur. Fıkıh kitaplarında mezhep imamlarının faizle ilgili değerlendirmelerinde hareket noktasını “altı mal hadisi” diye meşhur olan rivayet oluşturur. Yukarıda anlamını verdiğimiz bu hadiste Hz. Peygamber altı mal türü saymış ve bunların birbiriyle mübadelesinde hangi şartlarda faizin gerçekleştiğini açıklamıştır.

Günümüz fıkıhçıları bu hadiste zikredilen altın ve gümüşün faize konu olmasının, onların para olma (semeniyet) özelliğinden ileri geldiği konusunda görüş birliğine varmışlardır. Diğer mallarda faizin gerçekleşmesi Hanefî mezhebine göre mallardaki “cins birliği” ve “ölçü birliği” nedeniyledir. Zira faizde temel prensip, “ölçülebilir karşılıksız fazlalık”tır. Dolayısıyla ölçü birimleriyle satılan mislî malların takasında eşitlik ve peşin olma şarttır. Diğer fıkıh mezhepleri ise faizin gerçekleşmesinin sebebi olarak “para olma”nın dışında, “yiyecek olma” ya da “saklanabilir nitelikte yiyecek olma” özelliğini kabul ederler.

Faizin yasaklanmasındaki en önemli sebep, onun bir sözleşmede taraflardan birinin aleyhine, öbürünün lehine şart kılınan karşılıksız ve ölçülebilir fazlalık olmasıdır. Faizin illeti konusunda ileri sürülen görüşler de bu haksızlığı tespit edip önlemeye yöneliktir. Hadislerdeki “misli misline” ve “birbirine eşit” ifadeleri, eşyanın miktarını belirlemede kullanılan bütün ölçü birimlerini içine almaktadır. Bundan dolayı Resûl-i Ekrem'in, ölçü birimi ne olursa olsun bütün mislî malları faiz malı olarak kabul ettiğini söylemek mümkündür. Bu mallarda faizin illeti yani bu malların değişiminde faiz gerçekleşmesine neden olan temel özellik de her birinin aynı cinsten ve aynı ölçü birimine bağlı mislî mal olmasıdır.

4. FAİZİN YASAKLANMA SEBEPLERİ

İslâm dininin bütün emir ve yasaklarında birey ve toplumun genel yararına yönelik amaçlar vardır. Özellikle muamelât alanında dinin emir ve yasaklarının amaçları/hikmetleri insanlar tarafından çok defa kolaylıkla anlaşılabilir. İslâmiyet'in ticaret ve kazancı serbest bırakırken faizi yasaklamış olmasının birey ve toplumun ortak yararını korumayı amaçladığı muhakkaktır. İslâm, kullanarak ya da tüketerek insanların faydalandığı şeylerin satışını veya kiralanmasını mubah sayar. Para bizzat kullanılmaz ya da tüketilemez. Para, ihtiyaç duyulan şeylerin satın alınmasının ya da kiralanmasının aracıdır. Dolayısıyla İslâm paranın paraya karşılık fazlalıkla satılmasını haksız kazanç saymıştır. Faizle ilgili tartışmalarda, faizin zararları olarak dile getirilen hususları maddeler halinde şöyle sıralayabiliriz:

- Faiz, sermaye sahiplerinin yatırıma yönelmesini ve dolayısıyla kaynakların tam kapasite ile kullanılmasını önler. Çünkü parayı faiz yoluyla değerlendirmek daha kolay ve riski olmayan bir işlemdir.

- Yukarıda belirtilen nedenden dolayı yani yatırım olmadığı için işsizlik artar.

- Yatırımlarda faizli kredilerin kullanımı üretim maliyetlerin yükselmesine ve sunî fiyat artışına/enflasyona yol açar.

- Faizle giderek katlanan ve çoğalan sermaye her yönden toplum üzerinde hâkimiyet kurup onu yönlendirebilecek bir konuma gelir ve topluma yön vermesi gereken asıl değerlerin yerini bu güç alır. Günümüzde bu durum küresel düzeyde de böyle gerçekleşmektedir.

- Faizin yaygınlaştığı toplumlarda toplumsal değerler altüst olmakta ve yardımlaşma, dayanışma, sevgi ve şefkat gibi insanî özelliklerin yerini daha çok para ve itibar kazanma hırsı almaktadır. Bu nedenle, bencillik körüklenip insanlar barbarca bir bakış açısına sahip olmaktadır.

- Faizli dış borçlar, kalkınmakta olan ülkeleri giderek ağır bir borç batağına sürüklemekte, bu da onların ekonomik, hatta siyasî özgürlüklerini ciddi ölçüde riske sokmaktadır.

- Tüketim amaçlı borçlanmalarda, haksızlık tamamen borçlu aleyhinde gelişir.

- Üretim amaçlı borçlanmalarda faizli kredi ile girilen teşebbüslerden bir kâr elde edilememesi, hatta zarar edilmesi durumunda bile anaparayla birlikte faiz ödettirilmektedir. Bu apaçık bir haksızlıktır. Çünkü krediyi kullanan kâr etmediği halde, anaparanın yanında faiz de ödemektedir.

- Faiz, var olduğu günden itibaren daima güçlünün ve sermaye sahibinin yararına olmuş, zayıf ve muhtaç kimselerin durumlarının daha da kötüleşmesine sebep yol açmıştır. Çağımızda küçük tasarruf sahiplerinin faiz yoluyla gelir elde ettiği söylenece de, faizin sebep olduğu üretim/maliyet artışlarının ve enflasyonun sonuçta küçük tasarruf sahiplerinin kazancını yok ettiği ve toplumun daha büyük kesimini oluşturan dar gelirli ezdiği bilinmektedir.

5. İSLAMİ FİNANS VE İŞLEYİŞ YÖNTEMLERİ

Dünya’da finansal sektörde kullanılan faiz sistemine karşı geliştirilen İslami Finans, 1980’den sonra hızlı bir gelişim kaydetmiş ve İslam dininin emir ve yasaklarını baz alarak finansal ürünler geliştirmiştir. İslami finans, bankacılık sektörü içerisinde değerlendirilmekte ve hiçbir şekilde faizi kullanmak istemeyen bireylerin tasarruflarını üretime katmaktadır. Bu anlamda İslami finans, üretimi destekleyici bir finansal kuruluş olduğu için dünya genelinde destek görmektedir. Belirtilen bu hususlar dikkate alınarak, bu bölümde ilk olarak İslami finans kavramının tanımı, ortaya çıkışı ve temel ilkeleri açıklanacaktır. Yine bu kısımda İslami finansın uygulanabilmesi için, İslami finansın temel ilkelerine ayrıntılı olarak değinilecektir. İkinci kısımda İslami bankacılıktan bahsedilerek, İslami finansın İlkeleri doğrultusunda oluşturulan faizsiz ürünler açıklanacaktır.

5.1. İslami Finans Kavramı, Ortaya Çıkışı ve Temel İlkeleri

5.1.1. İslam ve Ekonomi

Ekonomi, insan ihtiyaçlarının mevcut kaynaklarla karşılanması olarak literatürde genişçe yer bulmaktadır. Üretim, dağıtım ve tüketim gibi üç temel işlevin sağlanması ekonomi kavramını ortaya koymaktadır. Bu üç işlevin nasıl sağlanacağı sorusuna karşı değişik cevaplar verilmiş ve bunun sonucunda ekonomik sistemler doğmuştur. Kapitalist sistemde faiz ve kar önemli bir ekonomik araçtır. Sosyalist sistemde kârın ve özel mülkiyetin olmaması bireyleri üretime teşvik etmezken, kapitalist sistemde faizin olması üretimin veya gelirin adil dağılımını olumsuz etkilemektedir. Bunların sonucunda yoksulluk, adaletsizlik, zengin-fakir ayrımının belirginleşmesi gibi durumların meydana gelmesi, alternatif sistem tartışmalarına yol açmış ve bu tartışmalarla birlikte İslam ekonomisi kavramı ortaya çıkmıştır.

İslam ekonomisi kavramı, toplumda bireylerin ekonomik davranışlarını İslam dininin kuralları ölçüsünde belirlemesi ve bu ölçüde ekonomik hareketlerde bulunması olarak tarif edilmektedir. Bu kavramla ilgili çeşitli tanımlamalar mevcuttur. İslam düşünürlerinin ortak çıkarımları doğrultusunda *İslam ekonomisini* ifade edecek olursak, maddiyatla maneviyatın birlikte yürütüldüğü, serbest piyasa mekanizmasının olduğu, faizin reddedildiği ancak kâra müsaade edildiği, özel ve devlet olmak üzere karma mülkiyet sisteminin olduğu, sınırlı bir çerçevede içinde ekonomik özgürlük ilkesi ve sosyal adalet ilkesinin olduğu, helal ve haram kavramlarıyla şekillenen, kötü kazanç yollarının yasak olduğu, ahlaki ilkelerin ağırlıklı hüküm sürdüğü, bireyleri çalışmaya ve üretime teşvik eden, israfın yasak olduğu bir sistemdir.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere İslam ekonomisinin dinin kuralları çerçevesinde belli sınırları vardır. Bu sistemde faiz yoktur, israf haramdır, üretim helal daire içerisinde gerçekleşebilir. İslam ekonomisi içerisinde piyasada fahiş bir fiyatlandırma söz konusu olamaz, stokçuluk kesin bir şekilde kınanmaktadır. İslam ekonomisi, ortaklığı teşvik eden, ticarete Müslümanların birlikte hareket etmesini tavsiye eden bir sistemdir. Bunun için ortaklığı teşkil edecek reel bir yatırım sisteminin gelişmesi önem arz etmektedir. Ayrıca İslam

ekonomisinin sınırları içerisinde Müslüman bireyleri faizden uzak tutacak ve bireylerin tasarruflarını ekonomiye aktarımını sağlayacak bir mekanizmanın kurulması önemli bir ihtiyaç haline almıştır. Bu anlamda İslam ekonomisiyle birlikte İslami finans kavramı da popülerlik kazanmıştır. İslami finansı, tasarrufların faiz dışında değerlendirildiği, yatırımların da helal dairesi içerisinde üretime dönüştüğü sektör olarak ifade etmek mümkündür.

5.1.2. İslami Finans Kavramı ve Temel İlkeleri

İslami finans, genel anlamda her çeşit finansal işlemlerin İslami kurallar çerçevesinde uygulandığı sistem olarak tanımlanmaktadır. Bu finans türünü geleneksel finanstan ayıran en önemli özellik faizi içermemesidir. İslami finasta tasarruf sahiplerine faiz ödemek yerine kâr payı ödenmesi ve İslami finansın tasarrufları reel yatırımlara yönlendirmesi, geleneksel finans ile İslami finans arasındaki en temel farktır.

İslami finans; İslami kurullarla şekillenen paranın yönetilmesi olarak da tanımlanmaktadır. İslami finans alanına; fon talep edenler ile fon arz edenler arasında gerçekleşen bütün işlemler, finansal kurumlar-kredi kurumları, finansal araçlar, etkin fon yönetimi, finansal pazarlar, sabit sermaye yatırımları, sigorta kurumları, yatırım fonları, menkul kıymet borsaları gibi aracı kurumlar ve benzerleri ile finansal risk yönetimi yer almaktadır. İslami finasta sayılan tüm bu araçların tesisi, geliştirilmesi, teşkilatlanması, yönetilmesi, hizmet üretmeleri ile bunların pazara arzının vb. İslami kurallara uygun olarak gerçekleştirilmesi önemlidir.

İslami finasta, sırasıyla Kur'an, sünnet ve içtihat finansal işlemler için önemli kaynak teşkil etmektedir. İslami finans, İslam ekonomisinin önemli bir parçasıdır. İslam ekonomisinde yasaklar ve bazı teşvikler İslami finansın sınırlarını belirlemektedir. Ticaretin helal kılınması, faizin yasak edilmesi gibi temel konular İslam ekonomisindeki finansal faaliyetleri, reel varlığa dayalı iş ve ticari işlemlere yöneltir. Haliyle İslami finansın yapısı kârın meşruluğuna dayanır.

Faiz ödemesi içeren bütün işlemler yasaklandığından dolayı borç ilişkisi içeren akitler, daha yüksek bir fiyata veya indirim yapılarak satılamazlar. Bunun için para vb. işlem gören altın ve gümüş gibi malların mübadele işlemleri “eşit”, “denk” ve “peşin-vadesiz” olmalıdır. Faizsiz finans veya etik finans olarak da nitelendirilebilecek olan İslami finans, varlığa dayanan ve risk paylaşımını esas alan yapısıyla gerek sistematik risklerin azaltılması gerekse finans ile reel ekonomi arasındaki bağın tesis edilebilmesi açısından kayda değer bir alternatif sunmaktadır.

İslami finans, girişimcilere faizsiz kredi modelleri üreterek ekonomiyi reel anlamda etkiler. İslami finans, ticari ve finansal anlamda Kuran, sünnet ve içtihat doğrultusunda bazı temel ilkeler üzerinde inşa edilmiş ve geliştirilmiştir. Bu temel ilkeler İslami finansın sınırlarını ortaya koymaktadır. İslam'ın ticari faaliyette bulunma ve finansal işlem yapma özgürlüğünü belirli standartlar, ahlaki ilkeler ve yasaklar ile kontrol altına alması, adaletsizliği ve haksız kazancı engelleyici ilkeleri barındırması İslami finans kuruluşlarının en

önemli amaçlarındandır. Bu yüzden ki İslami finansal kuruluşlar faaliyetlerini yürütürken bu amaçlara dikkat etmek zorundadırlar.

İslami finans kuruluşlarının sınırlarını belirleyen temel ilke ve amaçları şu şekilde sıralamak mümkündür:

- Faizin Yasak Olması
- Belirsizlik (Garar) İçeren Faaliyetlerin ve Spekülasyonun Yasak Olması
- Haram Kazanç Yollarının Yasak Olması
- Şans ve Kumar Faaliyetlerinin Yasak Olması

• *Faizin Yasak Olması*

İslami finansı geleneksel finanstan ayıran en önemli özellik faiz meselesidir. Geleneksel finasta faiz en önemli fon toplama aracıdır. Bireyler tasarruflarını faiz karşılığında finans kuruluşlarına teslim eder ve finans kuruluşları topladıkları tasarrufları yine belli faiz oranı karşılığında tüketim ve yatırım amacıyla piyasaya sunar. Böylelikle faiz, geleneksel finans kuruluşlarının ve ekonominin en önemli aracı haline almış olur. Ancak İslami finasta bu söz konusu olamaz. Çünkü İslam, faizi kesin bir şekilde yasaklar. İslam literatüründe faizin karşılığı riba olarak da ifade edilmektedir. Ribâ terimi, “mübadeleli akitlerde taraflardan biri lehine şart koşulan karşılıksız fazlalık” olarak tanımlanmaktadır. “Ribâ” kavramı, kredi-borç verme ilişkisine dayanan “faiz” kavramından daha geniş bir anlama sahiptir ve yalnızca para borçlarını değil aynı zamanda mal değişimlerini de içinde barındırmaktadır. Ribânın günümüzde karşılığı olarak bankalarda & finans kurumlarında uygulanan adi faiz, bileşik faiz⁹¹, nominal ve reel faiz⁹² vb. şeklinde görülmektedir. Ayrıca bazı malların birbiri ile değişiminden veya vadeli satışından doğmaktadır.

İslami kurallara göre bireyler veya kurumlar kredi verebilir ve borcun geri ödenmesini garanti etme adına teminat alabilir ancak bu borç verme ilişkisinde borç veren taraf, borç alan taraftan anaparanın belirli bir tutarı üzerinden ya da sabit bir tutar olarak bir fazlalık isteyemez. İslam dininde para yalnızca bir mübadele aracıdır ve paranın bir mal gibi görülmesi, alım satımına konu edilmesi söz konusu değildir.

İslam faiz yasağı ile sermaye sömürsünü engellemiş, fakir ve miskinlere devlet bütçesinden yardım etmekle de emek sömürsünü önlemiştir. Böylelikle sermaye ile emek arasında iş birliğinin kurulmasını ve akıcılığı sağlamaya çalışmıştır. Çünkü risksiz ve emeksiz sermaye kazançları (faiz) hem emek sömürsünü artırır ve hem de emeği üretim sürecinden koparır.

İslami finansın varlık sebebi faizin olmamasıdır. Faizin olmaması ilkesinin temelinde de fon toplamı sağlanırken **kâr ve zarara katılma esasına** göre fon kabul etmek ve müşteriye

⁹¹ Bileşik faiz her devre kazanılan faizin anaparaya ilave edilerek her devre değişen sermayeler üzerinden hesaplanır.

⁹² Reel faiz, nominal faiz oranından enflasyon oranının arındırılmasıyla bulunur. Yani gerçek faizdir. Örneğin enflasyon oranı yüzde 10, mevduat faizi oranı da yüzde 10 ise gerçek faiz sıfırdır.

“sabit bir getiri” taahhüt etmemek ve fon kullandırırken nakit kredi vermeyip, müşterinin ihtiyaç duyduğu malı satıcıdan peşin alıp, kendisine vadeli satmak ya da iş sahibiyle proje bazında ortaklık oluşturmak yer almaktadır.

• **Belirsizlik İçeren (Garar) Faaliyetlerin ve Spekülasyonun Yasak Olması**

İslami finansın ikinci temel unsuru karşılıklı sözleşmelerde belirsizlik unsurunun yasak olmasıdır. Garar kelime olarak, belirsizlik, dolandırıcılık, tahribata ve kayba yol açabilecek tehlikeler olarak ifade edilir. Belirsizlik, taraflardan herhangi birine yapılan işlemlerde bilgi eksikliğinin söz konusu olması anlamına gelmektedir. Garar, malın veya hizmetin alım-satımının olup olmayacağı tam bilinmeyen, satıcı durumunda olan kişinin sözleşmeye konu olan mal veya hizmeti teslim edip etmeyeceği şüpheli durumlarda meydana gelir. Garar yasağının (belirsizlik) yasal nedeninin satışı tamamlayamama, insanların mal varlığının ve satışın karşı değerlerindeki eşitsizliğin önlenmesi, anlaşmazlık ve nefret potansiyelinin önlenmesi de dahil olmak üzere sözleşmelerde adaleti tamamlayamama olarak ifade edilmektedir.

Belirsizlik veya garar, İslam hukuku ve İslami finasta zor anlaşılan bir meseledir. Bu hususu daha açık kılmak örneklerle mümkündür. Ahmet’in Mehmet’e 20 TL’ye bir kilo balık satması garar içerir. Çünkü balığın türü belli değildir. Herhangi bir balık olarak ifade edilmesi sorunludur. Balık türünün satışta net olması gerekir. Bu garar şekli *Cinste Belirsizlik* olarak ifade edilir. Bir başka tür olan *Nicelikte Belirsizliğe* de Ahmet’in Mehmet’e 5 TL’ye biraz veya bir miktar elma satması örnek verilebilir. Burada da satılan miktarın net olması önemlidir. Hasan’ın cep telefonunu Hüseyin’e 1 aylık maaşı karşılığında satması ve böyle bir satış işlemi maaşın ne kadar olduğu belirtilmemesi *Fiyatta Belirsizliğe*, Ramazan’ın İlhan’a ödeme zamanı belirlenmeden dairesini 500.000TL ye satması *Vadedeki Belirsizliğe* örnek olarak gösterilmektedir. Metin’in Abdurrahman’a denizdeki balığı veya ormandaki geyiği satması gararın bir türü olan *Malın Teslimine Muktedir Olmama* olarak belirtilmektedir. Bunların dışında, satışı yapılmış herhangi bir ürünün mevcut olmaması, incelenme imkânından yoksun olması ve türünün tam olarak bilinmemesi gibi olaylar da garar içermektedir.

İslami finansın yasak olan konulardan bir tanesi de spekülatif faaliyetlerin oluşmasıdır. Spekülatif faaliyet, İslami finasta yasaklanan manipülasyon ve “forward” işlemleri⁹³ ile ilişkilidir. Yatırımcı, konjonktürel piyasalardaki alım-satım işlemlerinden ziyade işin kazancından kendine düşecek kâra odaklanır. Bu kâr onun için önceliklidir. Spekülasyon ve yatırım arasındaki fark, yatırımcıların niyetiyle fark gösterir. Spekülasyon, fiyatları artırmaya yönelik bir piyasa hareketidir. İslam’da ise amaç reel yatırımlardan gelir elde etmektir. Bu geliri elde etmek için bir şirketin hisselerine ortak olunabilir. İşte burada

⁹³ *Forward*, riski sabitlemek amacıyla, ileri bir tarihte teslimi söz konusu olacak herhangi bir malın vadesi, fiyatı ve miktarı bugünden belirlenerek sözleşmeye bağlandığı işlemlerdir.

fiyatları artırmaya yönelik bir spekülasyon yapıp, bundan para kazanmak İslami finasta kabul edilmemektedir.

• ***Haram Kazanç Yollarının Yasak Olması***

İslami finans veya bankacılık, Kuran’da ve hadiste açıkça belirtilmiş üretim ve hizmetler ile ilgili faaliyetlerde bulunamaz. Bu üretim ve hizmetler arasında, domuz eti gibi helal olmayan gıdalar, İslami ilkelere göre kesilmemiş hayvanlar, sarhoş edici içecekler, müstehcen ürünler vb. yer almaktadır. Bu faaliyetlere katılma sadece ürünlerin satımı veya satışı ile sınırlı değildir, aynı zamanda bu yasaklanmış malların ve hizmetlerin paketlenmesi, taşınması, depolanması ve pazarlanması gibi üretim ve dağıtımın tüm zincirleri de yasak kazanç yolları içerisine girer. İslami finans, ürünleri uzun süre bekletip fiyatların yükselmesi zamanında satışa sunan fırsatçılığı, başka bir deyişle karaborsacılık (ihtikâr) yaparak ticari faaliyette bulunmayı uygun görmez. Ürünleri daha yüksek bir fiyatla satma adına piyasaya sürmeyip depolarda bekletmek ve değerinin üstünde satarak aşırı kazanç sağlamak amacıyla yapılan hileli bir işlem İslam dininde yasaklanmıştır. Faiz nasıl bir haksız kazançsa ihtikar da o denli bir haksız kazançtır.

• ***Şans ve Kumar Faaliyetlerinin Yasak Olması***

İslam dini insan tabiatını bozan, topluma zarar veren ve üretkenlikten uzak olan şans ve kumar oyunlarına haram kazanç olarak bakmaktadır. Kumar, para kazanmak için oynatılan bir şans oyunudur. Şans olduğu için de belirsizlik ve risk durumu oluşturmaktadır. İslam düşünürleri kumar veya şans oyunları ile belirsizliğin (garar) ilişkili olduğunu ifade etmektedirler. Kumar ve şans oyunlarında taraflar arasında bir çatışma söz konusudur. Bir taraf kazanır diğer taraf kaybeder. Bu durum haksız bir gelir aktarımı oluşturur. Böylelikle sosyal problemler, gelir adaletsizliği gibi birçok sorun ortaya çıkar. İşte bu yüzden İslami finans bu vb. faaliyetler üzerine kurulamaz, bunları destekleyemez.

5.1.3. İslami Finansın Ortaya Çıkışı

Modern anlamda İslami finans 1955 yılında Pakistanlı Muhammed Uzeyr tarafından katılım bankacılığı fikri ile ortaya çıkmıştır. İslami finans ile ilgili çalışmalar 1960’lı yıllarda belirmeye başlamıştır. Dr. Abdülaziz en-Neccar Mısır’da faizsiz bir banka modeli denemesi yapmış ve konvansiyonel bankacılığa karşın ilk alternatif deneme olarak literatürde yer edinmiştir. Ardından 1973’te Cidde’de kurulup 1975’te faaliyete başlayan İslam Kalkınma Bankası, faizsiz banka olarak dünya gündemine gelmiştir. İslami finans ile ilgili kuruluşlar 1970’li yıllarda dünyada çoğalmaya başlamıştır. İslam Kalkınma Bankası’ndan sonra katılım bankası olarak 1975 yılında kurulan Dubai İslam Bankası, dünyanın gerçek anlamda tam donanımlı ilk katılım bankası olarak ifade edilmektedir. 1980’li ve 90’lı yıllar İslami finansın gelişme dönemleri olmuştur. Körfez ve Ortadoğu’nun dışına açılan İslami finans Asya Pasifik’e doğru genişlemiştir.

Özel sektör projelerinde finansman noktasında eksik kalan İslam Kalkınma Bankası'nın bıraktığı boşluğu doldurmak üzere bazı Suudi, Kuveytli, Birleşik Arap Emirli vb. zengin Müslümanların örgütlenmeleri sonucunda 1981'de oluşan "Dar Al-Maal Al İslami" adlı holding, İsviçre'nin Cenevre kentinde kurularak faal olarak işlev göstermiştir. Söz konusu gelişmelerin vermiş olduğu bilgi birikimi, tecrübe ve girişimcilik "Dallah Baraka Grubu" ve diğer bazı grupların yatırımlarıyla Ortadoğu'daki Müslüman ülkelerde İslami finans sistemi hızla yaygınlık kazanmıştır. Uzakdoğu ülkelerinde (Malezya vb.) yönetimde söz sahibi zengin Müslümanların kurduğu banka ve finansman kurumları bölgenin büyük bir ekonomik aktörü olma noktasında önemli bir yer edinmiştir.

İslami finansın Türkiye'de kurumsal olarak ortaya çıkması 1980'li yıllara dayanmaktadır. Aslında İslami finansın temel ilkelerinde hassasiyet gösteren ilk yapılanma Devlet Sanayi ve İşçi Yatırım Bankasının (DESİYAB) 1975 yılında kar ortaklığı prensibine dayanan bir modeli barındırması olarak ifade edebiliriz. Ancak DESİYAB'ı, kâr ortaklığı modeli yanında faiz ile çalıştığı için tümüyle faizsiz bir kuruluş olarak söylemek mümkün değildir. Ancak İslami finans ile ilgili doğrudan adım 80'li yıllarda atılmıştır. Bunun nedeni Türkiye'nin 1980 yılı itibariyle serbest piyasa sistemini benimsemesi sermaye hareketliliğinde de etkisini göstermiş, faizden uzak duran muhafazakâr kesimin de tasarruflarını değerlendirecek bir sistemin kurulması öngörülmüştür. 16 Aralık 1983 yılında çıkartılan 7506 sayılı kararname ile "Özel Finans Kurumları" ile İslami finans gündeme gelmiştir. Sistemin kurulmasıyla özel finans kurumları sektöre dahil olmuştur.

Türkiye'de İslami finans için 2005 yılı bir dönüm noktasıdır. Özel Finans Kurumları 19 Ekim 2005 tarihinde 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'yla isim değişikliğine giderek "Katılım Bankası" unvanını almışlardır. Katılım bankaları çıkartılan kanunla şu şekilde tanımlanmaktadır: "*Bu kanuna göre özel cari ve katılma hesapları yoluyla fon toplamak ve kredi kullanırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubelerini...*" şeklinde ifade edilmiştir. Bu kanun katılım bankacılığında birçok değişikliğe neden olmuştur. Bu değişikliklerin oluşmasıyla katılım bankalarına para yatıran tasarruf sahiplerinin birikimleri güvence altına alınmış olup, bu güvence miktarı geleneksel bankalara verilen güvence miktarıyla eşit hale gelmiştir. Bu güvence tutarı 2016 yılı itibariyle her kişi için 100.000 TL olarak sınırlandırılmıştır. Özel finans kuruluşları ile gündeme gelen ve daha sonra konvansiyonel bankacılık düzeyinde eşdeğer kabul edilen katılım bankacılığı özel sektör bünyesinde faaliyette bulunurken 2015 yılında kamu da katılım bankacılığı girişiminde bulunmuştur. İlk olarak Ziraat Katılım Bankası 29 Mayıs 2015 tarihinde kurulurken, ikinci olarak Vakıflar Genel Müdürlüğü bünyesinde Vakıf Katılım Bankası kurulmuştur.

6. İSLAMİ FİNANSTA BANKACILIK VE ÜRÜNLERİ

Bankacılık, ekonomideki fon akışını sağlamak amacıyla tasarruf sahipleri ile yatırımcılar arasında bir aracı kuruluş faaliyetidir. Bankalar, yatırımcılara veya ihtiyaç duyanlara kredi vermek üzere fon toplama görevini yerine getirirler. Bu krediler uzun ve kısa vade şeklinde

ifade edilebilir. Bankalar ekonomide fon akışını sağlamanın yanında maliye ve para politikalarının yürütülmesine yardımcı olmak, nakdi para yaratmak, gelir ve servet dağılımını etkilemek gibi ekonomi açısından önemli başka fonksiyonları da içinde barındırmaktadır.

İslami bankacılık olarak ifade edilen Katılım Bankacılığı ise faizsizlik prensibini en temel ve önemli ilke kabul eden, bu prensibe uygun her türlü bankacılık faaliyetlerini gerçekleştiren, kâr ve zarara katılma esasına göre fon toplayıp ticaret, ortaklık ve finansal kiralama vb. yöntemleriyle fon kullandıran bir bankacılık türüdür. Bankaların isimlerindeki “katılım” sözcüğü, yapılan bankacılık türünün kâr ve zarara katılma ilkesine dayalı bir bankacılık olduğunu ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır (TKBB, 2015:2).

Faiz, modern bankacılığın ve sermaye piyasasının en önemli aracıyken, İslami finans kurumları tarafından kullanılamaz. Bu en temel ilkelerdendir. Ancak faizden kaçınmak isteyen muhafazakâr yatırım ve tasarruf sahiplerini birleştirecek kurumlara ihtiyaç vardır. Bunun için faizsiz finans kuruluşunun olması günümüz piyasa şartlarında gereklidir. Bireylerin çoğu küçük tasarruflara sahip olurken, modern işletmeler çok büyük miktarlarda fona ihtiyaç duyarlar. İslami finans kurumları yani Katılım Bankaları tasarruf fazlası ve açığı olan birimler veya hane halkı arasında aracılık işlevini görmektedirler. Burada “faiz” kesinlikle kullanılmazken bunun yerini “kâr payı” almaktadır. Konvansiyonel bankacılıkta “faiz” önemli bir ekonomik araçken, İslami Bankacılıkta “kar payı” önemli bir araçtır.

6.2.1. Ticaret Modelleri

6.2.1.1. Murabaha

İslami finasta faizsiz şekilde alım-satım gerçekleştirmenin bir yöntemi olarak kullanılan murabaha, Arapçadaki “ribh” kelime kökünden türetilerek “ticarete fayda veya kar elde etmek, kazanç sağlamak” olarak ifade edilmektedir.

Murabaha, malı satın alan kişinin, üzerine belli bir kar oranı koyarak tekrar satışa sunmasıyla oluşan ticari bir işlemdir. Ödemeler genellikle satıştan belli bir süre sonra veya taksitlendirme ile yapılabilir. Murabahada söz konusu olan malın maliyeti, satıcı (Katılım Bankası) tarafından bilinir veya satıcıya bildirilir. Banka ile müşteri, söz konusu malın maliyetini değil, maliyet üzerinden uygulanacak kâr marjını müzakere ederler. Ödenecek miktarın vade tarihi, belirsizliğe mahal vermeyecek şekilde sabitlenmelidir. Satıcının “bu ürün bana 1000 liraya mal oldu, 100 lira veya %10 kâr ekleyerek sana 1100 liraya satıyorum” diyerek yaptığı alışveriş bir murabaha satış işlemidir. Böyle bir satışta ödeme vadeli ya da peşin olarak gerçekleştirilebilir. Katılım Bankaları murabaha işlemi uyguladığında üç taraf oluşmaktadır. Bunlardan birincisi katılım bankasına başvuran müşteri, ikincisi malın ilk sahibi ve üçüncüsü katılım bankasıdır. Murabaha işlemi sırasıyla şu şekilde işlemektedir:

- Müşteri satışı yasal olan bir malın kredili olarak satın alınması için bankaya bir talep ile gelir.

• Banka müşterisini ilgili mal(lar)ı satın almak üzere vekil tayin eder. (Bu genellikle SMS olarak müşteriye bildirilir)

• Banka ilgili malı, vekili olan müşterisi vasıtasıyla satın alır.

• Banka ödemeyi satıcıya (malın ilk sahibi) yapar.

• Müşteri, malı banka adına vekil olarak teslim alır.

• Müşteri, malı satın almak için banka ile sözleşme yapar.

• Müşteri, herhangi bir pozisyon yenilemesi/borcu yeniden yapılandırması (rollover), indirim ya da para iadesi olmaksızın vadeli olarak ödemeleri yapar.

• Murabaha (sözleşme) işleminin sona ermesiyle müşteri malın sahibi olur. Murabaha işleminin yerine getirilmesi için taraflar arasında gerçekleşen sözleşme ilişkisinin sorunsuz olması için ilk olarak katılım bankasının müşteri ile satıcı arasında herhangi bir anlaşma yapılmadan önce, malın sahibi olması gerekir. İkinci olarak katılım bankasının mülküne geçen mal, tüketilmeden önce katılım bankası tarafından müşteriye satılmalıdır. Katılım bankalarının en çok başvurduğu fon kullandırma yöntemi olan Murabaha sistemi, genellikle konut, taşıt, gayrimenkul, arsa, makine-teçhizat, ham madde ve yarı madde ürünlerinde işlem görmektedir. Murabahanın katılım bankalarınca çok yüksek derecede ilgi görmesi diğer ürünlere nazaran bu sistemde karlılığın yüksek olmasından kaynaklanmaktadır.

6.2.1.2. Selem Senedi

Selem, bir malın veya hizmetin bedelinin tamamının ya da bir kısmının önceden ödenip, malın veya hizmetin sonradan teslim alınması işlemidir. Bu sistemde ödeme nakit bir şekilde kısmen veya tam olarak yapılır. Selem sistemi de İslami finansta bir sözleşme biçimidir. Yapılan sözleşmede mal veya hizmet ileriki bir tarihte teslim edileceğinden dolayı sözleşmede mal ve hizmetle ilgili tüm ayrıntılar yer almalıdır. Selem, vadeli alışverişin tersi olarak tarif edilir. Vadeli alışverişte para, selemde ise mal veresiyedir. Prensiplere uygun olarak yapılan bir selem sözleşmesi ile ileri bir tarihte üretilecek mallar şimdiden satılmış ve karşılığı nakit olarak alınmış olur. Selem, faize karşı önemli bir alternatif araçtır. Faiz ile pahalılık söz konusu olurken, selem ile ürünler önceden fonlandığı için faiz maliyeti olmadan daha ucuza satılabilecektir (Erbakan, 2010:70). Özetle selem, önce paranın verilip sonra malın teslim alınması ile oluşan bir sistemdir. Seleme konu olan mallar piyasada benzerdir. Eğer üretici siparişleri zamanında yerine getiremezse, başka bir yerden satın alıp, sözleşme yaptığı kişilere teslim etmesi gerekir.

Selem sistemi katılım bankalarınca pek ilgi görmemektedir. Bunun nedeni selemin murabaha yöntemine göre uygulanabilir bir avantajının olmamasından olabilir. Malın önceden sipariş edilmesi ile malın teslimatı, kalitesi ve pazarlaması gibi reel konular bankayı riske götürebileceğinden ve kar yüksekliği bağlamında murabaha sisteminin daha uygulanabilir olduğundan bankalar seleme çok sıcak bakmamaktadırlar.

6.2.1.3. İstisna

İstisna sistemi, seleme benzetmek ile birlikte ufak farklılıklar oluşturmaktadır. Selem sisteminde piyasada benzer mallar satan ürünler finanse edilirken, İstisna'da piyasada aynı özelliğe sahip bulunmayan ürünler finanse edilir. Ayrıca İstisna sözleşmesi selemden farklı olarak; ücretin hemen verilmesinin şart olmaması, siparişi verilen şeyin yapılması ve teslimi için bir sürenin belirlenmemesi, ısmarlanan şeyin çarşıda pazarda bulunan ürünlerden olmaması gibi belli özelliklere sahiptir. Konuyu bir örnekle zenginleştirecek olursak; herhangi bir özel sektör firması, bir binanın inşasına ilişkin olarak bir projeyi hayata geçirmeyi düşündüğünü varsayalım. Firma, yatırım projesinin özelliklerini veya niteliklerini, proje tamamlandıktan sonra yapılacak ödemelerin kaç ayda veya yılda olacağını belirtmiştir. Binanın yapımını üstlenecek olan yatırımcılar, fiyat tekliflerini verirler, bu fiyat tekliflerinden en uygun olanını seçme işlemi özel sektör firmasına aittir. Projenin tamamlanması sonrasında ise ilgili özel sektör firması, taksitler halinde ödemeler yapar. Bina inşa edildiğinde, binanın mülkiyeti tamamen özel sektör firmasına geçer, özel sektör firması, bina inşasına ilişkin ödemeleri gerçekleştirmek için, istisna senetleri ihraç edip, bunları bina inşasını gerçekleştiren firmaya teslim eder. Bu senetlerin nominal değerleri toplamı, bina inşaatına ilişkin projenin fiyatına eşittir. Bu senetler, taksitle ödeme planına uygun olarak çeşitli vade tarihleri içerir. Her vadede bir taksit ödemesi yapılır (Eskici, 2007: 73).

6.2.1.4. İcare

Bir malın mülkiyetine sahip olmak için yeterli finansman olmadığında faizli krediye alternatif faizsiz bir model olan İcare, ekonomik hayatta sıkça başvurulan bir faizsiz finansman modelidir. İcarenin uygulayıcısı olan İslami banka, kiraya veren (âcir) rolü üstlenir ve sahip olduğu belli bir varlığı müşterinin kullanmasına müsaade eder. Müşteri ise varlığa ihtiyaç duyan ve ona sahip olmak isteyen kişidir. Müşteri önceden belirlenmiş kirayı ödemek suretiyle varlıktan yararlanma hakkını elde eder. İcare sisteminin uygulanması için süreç şu şekilde işler: Katılım bankası anlaşmaya konu olan veya müşterisi tarafından gösterilen malı satın alarak kullanması için yapılan sözleşme gereğince o mala ihtiyaç duyan işletmeye kiraya verir. Sözleşme süresi bittikten sonra söz konusu malı kendi bünyesine alarak tekrar kiraya verir ya da satar. İcare işlemi ilk olarak İslami banka ve müşteri arasında yazılı bir sözleşme imzalanmaktadır. Bu sözleşmede aşağıdaki detayların yer alması gerekmektedir:

- Kiralamaya konu olan malın türü
- Kiralama süresi
- Kira bedeli
- Sözleşme süresi sonunda malın mülkiyetinin hangi tarafta olacağı.

6.2.2. Ortaklık Modelleri

6.2.2.1. Mudarebe

İslami finansın temelini oluşturan Mudarebe sistemi bir ortaklık ilişkisidir. Emek-Sermaye ortaklığı şeklinde tarif edilen bu sistemde, bilgi birikimi, emek veya işin nasıl yapılacağı noktasında fikri olmayan sermaye sahibi ile işi bilen ve emeği ortaya koyan kişiler arasında gerçekleşen ortaklık sözleşmesidir. Katılım bankaları mudarebe sistemi ile fon toplayıp bu fonu girişimcilere yönlendirmektedir. Bu sistemde projesini bankaya sunan emek sahibi veya girişimciye “Mudarip”, projeyi onaylayıp sermaye desteği veren tarafa da “Rabbul-Mal (Faizsiz Banka)” denmektedir.

Rabbul-Mal (faizsiz banka) mudârip ile bir sözleşme yaptıktan sonra mudâribin isteği üzerine sözleşme konusu sermayeyi onun emrine hazır tutmak zorundadır. Sözleşmede belirlenen şartların dışında faizsiz bankanın proje sahibinin giriştiği muamelelere karışma yetkisi yoktur. Ancak proje sahibi düzensiz ve plansız çalışma nedeniyle kesin zarar tehlikesi ortaya çıkarırsa banka, zararı önleyici birtakım girişimlerde bulunabilir.

6.2.2.2. Müşareke

Müşareke sistemi, mudarebe sistemindeki emek-sermaye ortaklığına benzemektedir. Bu sistem mudarebeden farklı olarak iki tarafta da sermaye ortaklığı söz konusudur. Proje sahibi firma veya birey elinde sermayesinin yetersiz kalması durumunda projesine ortak olacak sermayedar arar. Proje sahibi hem sermayesini hem de emeğini ortaya koyarken, proje ortağı sadece sermayesini ortaya koyar. Böylelikle aralarında kar-zarar ilişkileri müşareke sözleşmesiyle oluşur. Tarafların projeye koydukları sermaye oranları ne ise kar paylaşımı da ona göre şekillenir. Projedeki sermaye katılım oranları eşit olduğu halde kâr payları farklı olabildiği gibi, sermayeler farklı olduğu halde kâr payları da eşit olabilir. Bu farklılığın sebebi ortaklığa katılanlardan bazılarının işi daha fazla yapmaları veya daha kabiliyetli olabilmeleri olarak ifade edilir. Katılım Bankaları bu sistemle bankadan fon alan ortakların, şirketin işlerinin yürütülmesinde daha fazla emeğe sahip olmaları nedeniyle sermayelerine oranla daha fazla kâr payı almalarını kabul edebilirler.

6.2.3. Diğer Finansman Modelleri

6.2.3.1. Sukuk

İslami bankacılık, finans sektörü içindeki payını artırmak için çeşitli finansal araçlar geliştirmektedir. Bunlardan bir tanesi sukuktur. Sukuk, reel bir varlığı ve o varlık üzerindeki ortak mülkiyeti temsil eden eşit değerdeki sertifikalar olarak tanımlanmaktadır. Sukuk, herhangi bir varlıktan önce yararlanmayı sonra ise ona sahip olmayı gösteren bir kira sertifikasıdır. Sukukta nakit akışının sağlanmasıyla mülkiyet hakkı da kazanılmaktadır. Bu yönüyle sukuk, klasik tahvillerden farklılık göstermektedir. Geleneksel tahviller, geliri faiz olan değerli kağıtlardan oluşurken, sukuklar varlığa dayalı mülkiyet hakkından ve geliri kar olan bir menkul kıymettir. Sukuk, yatırımcısına faiz yerine finanse edildiği varlıktan elde

edilen gelir/kârdan pay verdiği için geleneksel tahvillerle karşılaştırılarak değerlendirilmektedir. Tahvil, borca dayalı sertifika; sukuk ise varlığa dayalı sertifika olarak nitelendirilebilir.

Sukuk, reel varlığın değerli kağıtlara bölünerek ihraç edilmesiyle oluşur. Buradaki amaç toplanan fonlar ile sahip olunan paya göre yeni bir projeye başlamak, mevcut bir projeyi geliştirmek ya da toplanan fonları ticari bir faaliyetin finansmanı için değerlendirmektir. Sukuk modelinde yatırımcının veya sukuk sahibinin elde edeceği kazanç; bir ticari faaliyetten, belirli bir varlığın mülkiyetinden veya bir iş ortaklığından elde edilecek gelir üzerindeki hak sahipliğinden meydana gelmektedir. Sukuk ihraçlarını Varlık Kiralama Şirketleri (VKS) çıkarabilirler. Katılım Bankaları sukuk piyasasını kullanabilmeleri için Varlık Kiralama Şirketi kurarlar. Sukuk sürecini bir örnekle daha açık hala getirelim. ABC A.Ş adında bir şirketin finansa ihtiyacı olduğunu varsayalım. ABC A.Ş finansı faizsiz olarak elde etmek için kendisine ait bir binayı Varlık Kiralama Şirketine satacağını bildirir ve şirketle anlaşılır. VKS binanın bedelini ödemek için sukuk ihracında bulunur. Piyasadaki yatırımcılar ihraç edilen sukukları alır ve VKS’de gerekli fon toplanır. VKS toplanan fonu, binayı satan ABC AŞ’ye verir. Artık bina, sukuk sahipleri adına VKS’ye geçmiştir. Binayı satan ABC A.Ş, binayı VKS’den kiralamaktadır. Bu kira ödemesiyle birlikte belli bir süre sonunda örneğin 5 yıl sonra binayı tekrar geri alacaktır. ABC A.Ş ile VKS arasındaki anlaşma budur. Dönemsel olarak ABC A.Ş kira ödemesi yapar ve bu ödeme sonucunda sukuk sahipleri paylarını alırlar. 5 yıl sonra bina tekrar ABC AŞ’ye geçmiş olur. Böylelikle ABC A.Ş finansman ihtiyacını faizsiz olarak karşılamış olur ve sukuk yatırımcıları da faizsiz olarak kar elde etmiş olurlar.

İslami finansta likidite yönetiminde önemli bir araç olan sukuk, dünya çapında birçok yatırımcı tarafından ilgi görmektedir. Sukuk, yollar, köprüler, limanlar, havaalanları gibi altyapı projelerini içeren kamu ve özel sektör projelerinin finansmanında kullanılabilir.

6.2.3.2. Tekafül

Sigorta, İslam düşünürleri arasında caiz olup olmama noktasında çok tartışılan bir konudur. Nitekim bu tartışmaları azaltma adına İslami finansın geliştirmiş olduğu Tekafül, İslami sigortacılık olarak adlandırılmaktadır. Yardımlaşma, bağış, dayanışma ve ortaklık esasına dayanır. İslami sigorta, belirli rizikolara maruz şahısların bu rizikoların gerçekleşmesiyle ortaya çıkacak zararların telafisi üzerine anlaşmalarıdır.

Tekâfül Sisteminde amaç, belirli bir risk gurubundaki bireyleri bir araya getirip karşı karşıya kaldıkları tehlikelerde zararı en aza indirmek ya da bireylerin toplumsal yaşantılarını olumsuz etkilemeden oluşan hasarları telafi etmektir. Ayrıca bu sistemde kar elde etmek amaç değil, bir riskin bir diğeri hesabına üstlenilmesi ilkesi ile müşterek garantinin sağlanması olayıdır. Tekafülün her biçiminde aile tekafülü veya genel tekafül gibi katılımcıların içlerinden herhangi biri bir felaketle karşı karşıya kaldığında ya da belirlenmiş bir zarara maruz kaldığında, katılımcılar birbirlerine yardım etmeyi kabul ederler. Bu

sistemde fonları toplayan Tekafül Şirketi, faaliyetlerini yerine getirirken vekalet veya mudarebe temelinde bir emanetçi ya da yönetici olarak görev yapar. Poliçe alan Őiřletmeciler ve ortaklar, tekafül fonuna destek verir. Yardımlar veya zararlar, tekafül fonundan ödenir ve fondaki açık veya fazlalıklar katılımcılar arasında paylaşılır.

DEĞERLENDİRME SORULARI

- I- Müşterinin bankadan malın kredili satın alınması talebi
- II- Müşterinin banka tarafından satın almaya vekil tayin edilmesi
- III- Bankanın müşteri adına satın alması
- IV- Bankanın satıcıya ödeme yapması
- V- Malı satın almak için müşterinin banka ile sözleşme yapması

1. Mudarebe işlemiyle ilgili olarak bir kesiti verilen süreçte yukarıdakilerden hangisi yanlıştır?

- A) I B) II C) III D) IV E) V

2. Alınacak belirli bir fazlalık karşılığında borç/kredi verme yoluyla oluşan faize ne ad verilir?

- A) Ribe'n-nesîe B) Ribe'l-bey'
C) Ribel'fadl D) Veresiye faizi
E) Temerrüt

3. Borçlanmalarla ilgili olarak aşağıdakilerden hangisi doğrudur?

- A) Buğday buğday ile veresiye satılırsa ribe'l-fadl söz konusu olur
B) Şart koşulsuz borcun daha fazlasıyla ödenmesi faizdir
C) Sırf borçlanma sebebiyle verilen hediyelerin kabulü caizdir
D) 100 kg arpanın 150 kg hurmayla veresiye satımında ribe'n-nesie söz konusu olur
E) Enflasyon dikkate alınmadığında alacaklı kazançlı çıkmış olur

4. Aşağıdakilerden hangisi ticaret modeli değildir?

- A) Müşareke B) İstina C) Selem
D) Murabaha E) İcare

5. İslami finansın varlık sebebi faizin olmamasıdır. Faizin olmaması ilkesinin temelinde de fon toplamı sağlanırken kâr ve zarara katılma esasına göre fon kabul etmek vardır. Buna göre İslamî finans kurumu nasıl hareket etmelidir?

- A) Müşteriye "sabit bir getiri" taahhüt etmemelidir
B) Fon kullanırken nakit kredi vermemelidir
C) Sırf borçlanma sebebiyle verilen hediyelerin kabulü caizdir
D) Peşin alıp kâr ekleyerek vadeli satmalıdır
E) Hepsi

ONÜÇÜNCÜ HAFTA

ÜNİTE X: I. TEDAVİ SÜRECİNDE İBADET: (NAMAZ ÖRNEĞİ)

II. İSLAM HUKUKU BAKIMINDAN TEDAVİ SÜRECİNDE HASTA MAHREMİYETİNİN İHLALİ

KONULAR:

I. Tedavi Sürecinde İbadet: (Namaz Örneği)

1. Hastalık
2. Tedavi
3. Tedavi Sürecinde Namaz
4. Tedavi Sürecinin Namaza Etkisi

II. İslam Hukuku Bakımından Tedavi Sürecinde Hasta Mahremiyetinin İhlali

1. Hastaya ait bilgilerin saklı tutulması
2. Beden mahremiyetinin korunması

AMAÇLAR

1. Tedavinin mezheplere göre hükmünü açıklayabilmek
2. Hastalık ve tedavi sürecinde tanınan ruhsatları örneklendirebilmek
3. Tedavi sürecindeki hastanın mahremiyetini ihlal eden durumları bilmek
4. Tedavi sürecinde mahremiyet hususunda sağlanan ruhsatları açıklayabilmek

HAZIRLIK SORULARI

1. “Tedavi, hasta, mahremiyet ve ruhsat” kavramlarının anlamlarını araştırınız.
2. Hadesten taharet konusunda tanınan genel anlamdaki ruhsatlar nelerdir? Araştırınız.
3. “Tıpta mahrem olmaz.” Sözüyle anlatılmak istenen nedir?
4. İslam dinine göre mahremiyet kurallarını genel hatlarıyla belirtiniz.

I. TEDAVİ SÜRECİNDE İBADET: (NAMAZ ÖRNEĞİ)

GİRİŞ

İnsanın yaratana karşı kulluk ödevi ve bağlılık göstergesi olan ibadetler kural olarak akıllı ve buluğa ermiş olan mükellefler tarafından bizzat yerine getirilir. Ancak bir fiilin şer'i bir teklife konu olabilmesi için o fiilin mutlaka mükellefin gücü dahilinde bulunması gerekir. Aksi takdirde emredilen fiilin yapılması imkânsız olabilir veya usulüne uygun bir şekilde yapılması meşakkate yol açabilir. Bu nedenle Kur'an'da ve hadislerde dinde zorlaştırmanın bulunmadığı, aksine kolaylaştırmanın esas alındığı, insana gücünün üzerinde bir külfet yüklenmediği, yani ibadet mükellefiyetinin yerine getirilebilir olduğu vurgulanır.

İbadetlerin mükellefiyet şartları (akıl ve buluğ) yanında bunların eda edilmelerinin de birtakım şartları vardır. Bu şartlardan biri de istenilen ibadeti yapmaya güç yetirebilme yetisinin (istitaat) bulunmasıdır. Bu cümleden olarak kişinin bir fiili gerçekleştirebilmesi için organizmasında o fiile ait yetenek ve organın sağlıklı bir şekilde bulunması gerekir. Söz gelimi akıl hastaları, şer'i hitabı düşünme ve ona göre davranma yetisine sahip değildirler. Çünkü kişinin dini hükme muhatap olabilmesi için belli seviyede anlama ve muhakeme etme gücüne sahip olması gerekir. Aynı şekilde Hz. Peygamber de ayakta namaz kılmaya gücü yetmeyenlerin namazlarını oturarak kılabileceklerini söylerken beden sağlığının yerinde olması gerektiğine dikkat çekmiştir.

İbadetlerin eda edilebilme şartları herhangi bir sebeple ortadan kalktığında veya edasında herhangi bir sıkıntı veya engelle karşılaşıldığında kolaylaştırıcı esaslar, alternatif ibadet biçimleri, telafi imkanları veya mazeretten dolayı muafiyetler söz konusu olur. Yolculukta namazların kısaltılması kolaylığa, gusül ve abdest yerine teyemmüm alınması alternatif ibadet biçimlerine, hasta ve yolcunun ramazan orucunu sonraya bırakması telafiye, hayırlı kadından namaz kılma mükellefiyetinin düşmesi ise muafiyete örnek verilebilir.

Normal durumlarda ve herkes için uygulanması gereken temel ve genel hükümler fıkhıta "azimet" kavramıyla ifade edilir. Bunun yanında genel olarak "özür" kavramıyla ifade edilen durumlar mükellefin başına geldiğinde "ruhsat" kavramıyla karşılanan mükellefiyeti kolaylaştırıcı veya düşürücü hükümler devreye girer. Yükümlülüklerin yerine getirilmesinde ruhsat sebebi kabul edilen durumlardan biri de hastalıktır.

İnsan için aslolan sağlıklı olmak ve birincil niteliğindeki azimet hükümlerini uygulamaktır. Bu nedenle mükellef arızı bir durum olan hastalık, kendisine musallat olduğunda öncelikle bu arızı durumdan kurtulmak için tedaviye başvurmalıdır. Ancak bu hastalık ve tedavi sureci, hastanın Allah Teala ile kulluk bağının ifadesi olan ibadetlerini devam ettirmesine engel olmamalıdır. Bu düşünceden hareketle hastalık ve tedavi sürecinde mükellefe tanınan ruhsatlar ve kolaylıklar bu çalışmada namaz ibadeti bağlamında ele alınmıştır.

1. HASTALIK

İnsan, ruh ve bedenden oluşan bir varlıktır. Onun sağlığı da bu her iki yonun sıhhat ve afiyet üzere olmasına bağlıdır. İnsan bedeni birtakım biyoloji kurallarına bağlı olarak çalışmaktadır. Ancak zaman zaman çeşitli sebeplerin etkisiyle insan vücudunun normal anatomik yapısında, fizyolojik işleyişinde veya ruhi düzeninde az veya çok olmak üzere değişik derecelerde bozukluklar, düzensizlikler görülebilmektedir. Vücutta kısmi veya genel bozukluğa sebep olan bu duruma “hastalık” (مرض /disease), sağlığı bozulmuş olan kişiye de “hasta” (مريض /patient) denir. Bunun sonucu olarak bir bölgede veya tüm vücutta ağrı, sızı, akıntı, kanama, ateş, şişkinlik gibi bazı şikayetler ve belirtiler ortaya çıkar. Bunun suresi kısa veya uzun olabilir. Bazen de yaşam boyu sürebilir.

Ruhsat sebebi kabul edilen hastalık, fiilen mevcut hastalık durumunu kapsadığı gibi önceden tahmin edilen ve beklenti halinde olunan hastalık durumunu da kapsar. Bu durum aynı zamanda, ruhsat sebebi kabul edilen hastalığın, mutlak anlamda hastalık olmayıp dini tekliflerin yerine getirilmesinde normalin üstünde güçlüklerle ve meşakkatlere yol açan hastalık olduğunu göstermektedir.

2. TEDAVİ

Hastayı iyileştirmek, bu mümkün değilse acılarını dindirerek sıkıntılarını hafifletmek amacıyla doktor tarafından girişilen her tıbbi girişim, tedavi olarak isimlendirilir. İslam dini tedaviye önem vermiştir. Nitekim Peygamberimiz (s.a.v.) “*Ey Allah’ın kulları! Tedavi olun. Çünkü Allah, ihtiyarlık dışında çare ve dermanını vermediği hiçbir hastalık yaratmamıştır.*” buyurarak her hastalığın bir çaresi olduğunu belirtmiş ve tedavi yollarına başvurmayı teşvik etmiştir. Kendisi de hastalandığında tedavi olmuş, yakın çevresine ve ashabına da alanında uzman olan Taifli Haris b. el-Kelede’ye giderek tedavi olmalarını tavsiye etmiştir.

Tedavi süreci ise en basit muayene, teşhis ve tedavi yöntemlerinden en ağır cerrahi müdahalelere kadar geniş bir uygulama alanıyla istenen neticenin alındığı sureyi kapsar. Hatta bazen tedavi sonrası tekrar aynı hastalığa yakalanmamak için alınacak koruyucu hekimlik tedbirleri de bu surece dahil edilir. Dolayısıyla tedavi süreci ayakta ya da hastanede olmak üzere kısa veya bir omur boyu devam edebilir. Ayrıca tıp bilimi sürekli olarak gelişmeler kaydetmektedir. Bunun neticesi olarak ortaya çıkan yeni tedavi metotlarının uygulanması tedavi sürecine farklı bir boyut kazandırmaktadır.

Tedavinin amacı, öncelikle hastayı iyileştirmek, bu mümkün değilse acılarını dindirmek ve yeniden aynı hastalığa düşmesini önlemektir. Dolayısıyla bu esasları gerçekleştirmeye yönelik yapılanların dışındakiler tedavi sayılmaz. Nitekim İbn Kayyim el-Cevziyye (o. 751/1350) de doktorun tedavisini ve tedbirini şu beş esasa göre yapması gerektiğini belirtmiştir:

1. Mevcut sağlığı korumak
2. Kaybolan sağlığı imkanlar ölçüsünde geri getirmek
3. Hastalığı tamamen gidermek veya azaltmak
4. Daha büyük rahatsızlığı gidermek için daha hafif olanına tahammül etmeyi sağlamak

5. İki menfaatten daha büyük olanı elde etmeye çalışmak.

Fıkıh alimleri, tedavinin hükmü konusunda ihtilaf etmişlerdir. Genellikle Hanefi, Maliki ve Hanbeliler tedavinin mubah olduğunu söylerken Şafiiler ise mustehab olduğu kanaatindedirler. Bu görüşler incelendiğinde mezheplerin tehlike arz etmeyen hastalıklardan hareketle böyle bir neticeye vardıkları görülmektedir. Ancak ölüme, bir organın telef olmasına veya atıl duruma gelmesine sebep olan ya da bulaşıcı nitelikteki hastalıklar söz konusu olduğunda tedavinin farz olduğunda şüphe yoktur. Nitekim el-Fetava'l-Hindiyye'de ve Fıkıh Akademisi Konseyinin 1992 tarihinde Cidde'de yaptığı 7. dönem toplantısında alınan kararlarda bunu görmek mümkündür.

Neticede tıp ilminin kurallarına uygun olmak ve uzman sağlık personeli tarafından uygulanmak şartıyla bozulan insan sağlığının düzeltilmesine yönelik her girişim Peygamberimizin "*Tedavi olunuz.*" tavsiyesinin bir gereğidir. Dolayısıyla tedavi sürecinin, bazı zorlukları beraberinde getirmesine rağmen hastanın namazına mâni olması düşünülemez. Öyleyse bu süreçte kendisinden beklenen ibadetleri hakkıyla yerine getirebilmesi için hastaya tanınan kolaylıkların bilinmesi gerekmektedir.

3. TEDAVİ SÜRECİNDE NAMAZ

Tedavi sürecinde hastaya namaz konusunda tanınan ruhsatları içeren pek çok hüküm vardır. Abdest yerine teyemmüm, sargı üzerine mesh, ayakta duramayanın oturarak veya ima ile namaz kılması, bayılan veya doktorun narkoz verdiği kişinin namaz mükellefiyetinin düşmesi ya da edasının tehiri bunlardan bazılarıdır.

Kelime-i şhadetten sonra İslam'ın en önemli rüknü olan namaz, günde beş ayrı zaman diliminde olmak üzere akıllı ve ergenlik çağına girmiş her Müslümana farzdır. Bu şartlara namazın vucub şartları yani kişinin namaz kılmakla yükümlü olmasının şartları denir. Sahih ve eksiksiz bir şekilde kılınabilmesi için namazın birtakım farzları (şartlar ve rükünler), vacipleri ve sünnetleri de bulunmaktadır. Farzlar yerine getirilmediği takdirde namaz hiç kılınmamış hükmünde kabul edilir. Bu nedenle tedavi sürecinin namaz ibadetine etkisi de bu süreçte yapılmasında zorluk veya imkânsızlık söz konusu olan şartlar ve rükünler açısından incelenmiştir.

3.1. TEDAVİ SÜRECİNİN TEMİZLİĞE ETKİSİ

Namaz kılacak kişinin "hades" denilen hükmi ve "necaset" olarak isimlendirilen maddi kirlerden uzak olması gerekir. Namaza hazırlık şartlarından olan "hadesten taharet" ve necasetten taharet" tedavi sürecinde en çok karşılaşılan sıkıntı ve zorlukların başında gelmektedir.

3.1.1. Hadesten Taharet

Hadesten taharet; abdest almak, gusletmek veya teyemmümlerle gerçekleşir. Bu durum Kur'an-ı Kerim'de şöyle ifade edilmektedir: "*Ey iman edenler! Namaz kılmaya kalktığınız zaman yüzlerinizi, dirseklerinize kadar ellerinizi, başlarınızı meshedip, topuklara kadar ayaklarınızı yıkayın. Eğer cünüp oldunuz ise, boy abdesti alın. Hasta yahut yolculuk halinde bulunursanız yahut biriniz tuvaletten gelirse yahut da kadınlara dokunmuşsanız (cinsi*

birleşme yapmışsanız) ve bu hallerde su bulamamışsanız temiz toprakla teyemmüm edin de yüzünüzü ve (dirseklere kadar) ellerinizi onunla mesh edin. Allah size herhangi bir güçlük çıkarmak istemez; fakat sizi tertemiz kılmak ve size (ihسان ettiği) nimetini tamamlamak ister; umulur ki şükredersiniz.” (Maide, 5/6).

Abdest alamama, abdest tutamama, yara veya sargı üzerine mesh tedavi sürecinde hadesten taharetle ilgili karşılaşılan sorunların başında gelmektedir.

3.1.1.1. Abdest Alamama

Suyu temin etme veya çeşitli nedenlerle kullanma imkanının bulunmadığı durumlarda abdest almak imkânsız hale gelir. Bu durumda abdest ve gusül yerine (bedel olarak) teyemmüm yapılır. Suyu kullanamamaktan dolayı teyemmüm etmeyi gerektiren mazeretlerin başında sağlık sorunları gelmektedir. Örneğin suyu kullanmanın hastalığa neden olacağı, hastalığı artıracacağı veya iyileşmeyi geciktireceği tecrübe edilmişse veya bu durum uzman doktor tarafından bildirilirse mükellef, abdest yerine teyemmüm alır. Öte yandan hasta kişi, kendisine abdest aldırarak kimse bulamazsa veya kendisine abdest aldırması için hizmetçi tutabilecek maddi gücü de yoksa abdest yerine teyemmüm yapar. Zira “...*Hasta yahut yolculuk halinde bulunursanız ...*” (Maide, 5/6) ayeti mutlak anlamda hastaya böyle bir ruhsat tanımaktadır. Nitekim İmam Şafii (o. 204/819) namaz vakti geldiğinde suyu talep edip de ona ulaşamayan kimse teyemmüm alarak namaz kılabileceğini söylerken Hanefilerden Kasani (o. 587/1191) kişinin suya ulaşmasını engelleyen her durumun konuyla ilgili ayetin kapsamında değerlendirileceğini söylemektedir. Hanbelilere göre hasta olup da hareket edemeyen ve abdest almak için suyu verecek birini bulamayan kimse suyu bulamayan kişi gibidir. Böyle bir kişi vaktin çıkmasından korkarsa teyemmüm eder.

İbn Abbas’tan gelen şu rivayet, soğuk, hastalık ve yara gibi sebeplerle suyu kullanamayanların teyemmüm alabileceklerini göstermektedir: “Rasulullah (s.a.v.) zamanında başından yaralanmış bir adam ihtilam olmuştu. Kendisine yıkanması emredildi. Adam yıkandı, üşüttü ve oldu. Onun haberi Rasulullah’a ulaşınca şöyle buyurdu: *Onu öldürmüşler, Allah da onların canını alsın! Madem bilmiyorlardı, niye sormadılar? Bilgisizliğin şifası sualdir. Zira ona, teyemmüm yeterliydi.*” (Ebu Davud, “Taharet”, 127; İbn Mace, “Taharet”, 93).

Hanefilere göre bir kimsenin elleri dirseklerinden, ayakları topuklarından kesilmiş olup yüzünde de yara bulursa abdestsiz ve teyemmümsüz namaz kılar. Sonra kaza da etmez. Ancak İmam Muhammed namaz yükümlülüğünün de düşeceğini söylemiştir. Şafii’ye göre abdest uzuvlarının tamamı hastalıklı ise teyemmüm alır. Eğer bir kısmı hastalıklı ise sağlıklı olanlar yıkanır. Aksi takdirde yani bütün bu imkanlardan yoksun olursa abdest ve teyemmüm almadan namaz kılar. Daha sonra imkân bulduğu zaman bu namazı kaza eder. Hanbelilere göre de namazını eda etmiş olan bir kimsenin artık namazını iade etmesi gerekmez. Abdest alamama ve teyemmüm edememe durumu el ve ayakların kesikliğinin yanı sıra yüzünün hastalıklı olması sebebiyle ise diğer mezheplere göre de namazını iade etmez. Malikilere

göre ise abdest alamama ya da teyemmüm yapamama halinde namaz, tamamen düşer. Namaz sakıt olunca da sonradan kaza gerekmez.

Abdest almaya engel olan hastalığın iyileşmesi, hasta olma ihtimalinin ortadan kalkması ve soğğun geçmesiyle teyemmüm bozulur. Çünkü “Herhangi bir özür sebebiyle caiz olan bir şey bu özürün kalkmasıyla geçersiz olur (önceki hükmünü alır).”

3.1.1.2. Abdest Tutamama

Abdest tutamama hali fıkıh kitaplarında “özür” olarak isimlendirilerek şöyle tarif edilir: Abdest bozucu herhangi bir şeyin bir farz namazı vakti boyunca, vakit namazını kılabilecek kadar bir zaman kesintiye uğramaksızın devam etmesi, sonraki namaz vakitlerinde de en az birer defa görülerek devam etmesi haline denir. Abdest bozucu bir halin özür hali sayılabilmesi için bir namaz vakti boyunca devam etmesi, o vakit namazını kılabilecek kadar kesintiye uğramaması ve sonraki namaz vakitlerinde de zaman zaman görülmesi gerekir. Bu şartları taşımayan abdest bozucu bir hal, özür (mazeret) hali sayılmaz. Sürekli kan gören kadın (mustehaze) ile sürekli burnu kanayan, idrarını tutamayan, ishal olan, istem dışı yellenen kişiler özür sahibi kabul edilir. Aynı şekilde hastalık ve ağrı sebebiyle kulak, göz, meme gibi yerlerden gelen kan, irin ve yara suyu da özür kapsamında değerlendirilir.

Özür sahibi oldukları için abdestini tutamayanlar, her namaz vakti için yeniden abdest alır ve o abdest ile o namaz vakti boyunca dilediği kadar farz veya nafil namaz kılabilir. Çünkü Rasulullah (s.a.v.) özürli bir kimse olan Fatıma bt. Ebu Hubeyş hakkında şöyle demiştir: “*Hayız suresi tamamlanınca guslet ve (özür kanı devam ettiği surece) her namaz için abdest al.*” (Ebu Davud, “Taharet”, 110, 112). Hadisin lafzını esas alan Şafiiler her namaz vakti için değil, her farz namaz için ayrı abdest alınır, demişlerdir.

Özürli kişi, özrü kesilecek şekilde sargı sarsa, tampon yapsa, özür kaynağını sıkırsa ve böylece özürün önüne geçecek olsa sağlam kişi gibi olur. Örneğin sürekli yarası kanayan kişi yaranın üzerine sargı sarıp kanın sargıyı aşacak şekilde akmasını engellese artık o kişi özürli hükümlerine tabi olmaz ve vaktin çıkmasıyla abdesti bozulmaz.

3.1.1.3. Yara ve Sargı

Normal şartlarda abdest alırken abdest uzuvlarının, gusülde ise bütün vücudun yıkanması gerekir. Bu itibarla, abdest veya gusül alacak kimsenin, yıkanması gereken uzuvlarında, suyun ulaşmasına engel olacak bir tabaka bulunmamalıdır. Ancak abdest uzuvlarından birinde yara veya hastalık bulunan kişi, bu organın yıkanması zarar verecekse, onu yıkamayıp ıslak elle mesh eder. Mesh edilmesinin de zarar vermesi durumunda, bu da yapılmaz. Bu rahatsızlık abdest veya gusül uzuvlarından çoğunluğunda ise abdest veya gusül yerine teyemmüm edilir.

Kırık, çukuk, yara veya zedelenmiş vücut parçasını dış etkilerden koruma, sabitleme, destek verme ya da kanayan kısmı sıkarak kanamayı durdurma amacıyla sargı, bandaj veya alçı kullanılabilir.⁵² Fıkıhta “cebire” olarak isimlendirilen⁵³ bu sargının abdest ve gusülde bir ruhsat sebebi olması için sarılması zorunlu ve ihtiyaç duyulan kısmı kaplayacak kadar

olmalıdır. Zira “Zaruretler kendi miktarlarınca takdir edilir.” ancak sargılar çoğu kez, yaranın mikrop kapma riskine karşı genişçe sarılır.

Vücudun herhangi bir yerinde kırık, çıkık veya yaradan dolayı sargı bulunduğu abdest alırken veya guslederken bu sargı çözülerek altı yıkanır ve yaranın üstü mesh edilir. Ancak sargının çözülmesinin zararlı olması halinde çözülme sargının üzerine mesh edilebilir. Fukaha sargı üzerine meshin meşruluğunu Hz. Ali'nin “*Bileğim kırılmıştı. Peygambere sordum, bana sargının üzerine mesh etmemi bildirdi.*”⁵⁶ rivayetine dayandırmışlardır.⁵⁷ Üzerinde ilaç veya merhem bulunan yaraların meshi de sargı üzerine mesh hükmindedir.⁵⁸ Yara, sargı, alçı, ilaç ve merhem üzerine yapılan mesh, bu maddelerin örttüğü uzvun hükmen yıkanması sayılır. Sargı veya yara üzerine mesh etmenin belirli bir suresi de yoktur; yara veya kırık iyileşinceye kadar devam eder.

Sargının çoğunun sadece bir defa mesh edilmesi yeterlidir. Diğer yandan, yaranın mikrop kapmaması için genişçe sarılan sargıların fazla kısmının çözülmesi ve sargı altındaki yaranın çevresinin yıkanması yaraya zarar verecekse, ihtiyaç fazlası kısmın üzerine mesh etmek de yeterli olur. Şafiilere göre sağlıklı olan kısımların yıkanması, hastalıklı olan kısımlar için teyemmüm edilmesi ve eğer sargı varsa onun da üzerinin mesh edilmesi gerekir. Bazen yaranın üstünü veya sargıyı ıslak elle mesh etmek de yaranın mikrop kapmasına yol açabilir. Bu şekilde mesh etmenin de zararlı olduğu durumlarda, teyemmüm edilir. Ayrıca abdest uzuvlarının tamamı sargılı olduğu zaman da teyemmüm yeterli olur.

Sargının abdestsiz veya cünüp iken sarılmış olması meshe engel olmaz. Çünkü insanın ne zaman yaralanacağı, kırık çıkık sebebiyle alçıya alınacağı belli olmaz. Kaldı ki böyle bir zamanda abdestli bulunmayı şart koşturmak sıkıntı ve zorluk meydana getirir hatta imkânsız olabilir. Ancak Şafii ve Hanbelilere göre sargının su ile alınmış taharetten sonra sarılmış olması gerekir. Eğer sargı taharetli olmadan sarılmışsa ve sargının altı yıkamakla zarar görmeyecekse sargı çıkarılır. Sargı çıkarıldığı takdirde zarar meydana gelecekse sargı altını yıkamak yerine teyemmüm edilir.

Sargı üzerine meshin müddeti sarılı kısmın iyileşmesine kadar devam eder. Bu nedenle Hanefilere göre sargıya mesh ettikten sonra yara iyileşmediği halde bu sargı pansuman, tedavi veya başka bir gerekçeyle değiştirilirse veya sargı düşerse, mesh bozulmaz; iade edilmesi de gerekmez. Bu durumda ancak yaranın iyileşip sargının çıkarılması veya düşmesi halinde mesh bozulur. Maliki, Şafii ve Hanbelilere göre ise sargının değiştirilmesi veya düşmesi halinde yaranın iyileşmesi ya da iyileşmemesi fark etmez, mesh bozulur. Sargının düşmesi, yaranın iyileşmesinden dolayı olmuşsa abdest alınır. Fakat sargı, yara iyileşmeden düşmüşse sargıyı sardıktan sonra tekrar mesh edilir. Yara iyileştiği halde, sargı olsa bile mesh bozulur. Bu durumda, yaraya zarar vermeden sargı çözülerek altının yıkanması gerekir. Sargının suresini tespit etmeye ayağa giyilen mestte olduğu gibi bir zaman dilimi değil de iyileşme esas alındığına göre Hanefilerin görüşü maksada daha uygun gözükmektedir. Cumhurun görüşü hastanın durumunu zora sokmaktadır. Zira Hanefilerin görüşü esas alındığında yarada iyileşme ve sargının açılmasında ve düşmesinde kanama olmadığı

müddetçe meshin devamına hükmedilecektir ki bu da ilahi hükümlerde esas alınan kolaylık prensibine daha uygundur.

3.1.2. Necasetten Taharet

Necasetten taharet, namaz kılacak kişinin beden, elbise ve namaz kılacağı yerin temiz olmasıyla gerçekleşir. “*Elbiseni tertemiz tut.*” (Muddessir, 74/4) ayeti ile “*Sana hayız hali geldiğinde namazı bırak, hayız hali gittiğinde kanı yıka ve namazı kıl.*” (Buhari, “Hayz”, 26; Muslim, “Hayz”, 64, 66; Ebu Davud, “Taharet”, 111; Tirmizi, “Taharet”, 96) hadisi namazda elbisenin ve bedeninin temiz olması gerektiğini ifade etmektedir. Bir bedevinin mescidin bir kenarına idrarını yapması üzerine Peygamberimizin “*İdrarını yaptığı yere kova ile su dokun.*” (Buhari, “Vudu”, 59; Muslim, “Taharet”, 103) hadisi de namaz kılınacak yerin temiz olması gerektiğine işaret etmektedir. Tedavi sürecinde hastanın yarısından akan kan veya irin ile tutamadığı idrar ve dışkının çamaşırına bulaşması, necasetten taharetle ilgili sorunların başında gelmektedir.

Özür sahibi hastanın yarısından çıkan ve çamaşıra bulaşmasından kaçınılması mümkün olmayan kan, irin, cerahat ile idrar ve dışkının özür devam ettiği surece, namazın sıhhatine engel olmaz. Katı pisliğin bir dirheme ulaşması, sıvının ise avuç içinden fazla bir alana yayılması da sonucu değiştirmez. Ancak bu sıvı maddelerin akması durmuşsa, bunların yıkanması gerekir.

Cerrahi müdahale sonrası yatağına alınan hastalar, bir müddet ameliyathanede kendisine giydirilen elbiselerle yatmak zorunda kalabilmektedir. Yine bu elbiselerin veya hastadan gelen bazı istem dışı akıntıların kirlettiği yatak örtüleri hemen değiştirilememektedir. Bu durum necasetten taharete engel teşkil etmektedir. Öte yandan tedavi maksadıyla sarılmış olan sargı ve bandajlar yaradan çıkan kanla kirlenmiş olabilir. Bu necisi sargıları değiştirmek yaraya zarar verecek veya onun iyileşmesini geciktirecekse sargılar çıkarılmaz. İbn Abidin bu gibi durumlarda namaza mâni başka bir durum yoksa hastanın namazını kılabileceğini şöyle açıklamaktadır: “Yaralı bir hastanın altında pis bir çarşaf bulunursa bakılır: Altına konulan her şey hemen pislenecek halde ise hastanın o haliyle namaz kılması caizdir. İkinci elbise pislenecek, fakat hastalığı artacaksa yine o elbise ile namaz kılabilir.” İmam Şafii de kan, irin yara akıntılarının az miktarının namaza engel olmadığını söylemektedir.

3.2. Tedavide Kullanılan Yöntemlerin ve Araçların Temizliğe Etkisi

Tedavi amacına yönelik faaliyetlerin önemli bir bolumu, protez ve benzeri yapay maddelerin insan vücuduna takılması suretiyle gerçekleştirilmektedir. Kesilen veya işlevini yitiren bir kolun yerine yapay bir kolun takılması, normal yollardan tuvalet ihtiyacını gideremeyen kişilere yapay anüs veya idrar torbasının takılması bu tip müdahalelere örnek verilebilir. Savaşta burnu kopan Arfece b. Esad’ın Peygamberimizin onayını alarak altından bir burun yaptırması, tedavi maksadıyla protez takmanın meşruiyetine delil gösterilebilir.

Tedavi araçlarının kullanımının temizliğe etkisi iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan birincisi insan bedeninde bulunan protezlerin temizliği ve temizlenmeye etkisi ve tıbbi malzemelerle girişilen tıbbi müdahalelerin abdesti bozup bozmayacağı meselesidir.

3.2.1. El ve Ayak Protezlerinin Temizliğe Etkisi

Abdestin farzlarından ikisi elleri dirseklere ve ayakları topuklara kadar yıkamaktır. Yıkınması farz olan abdest azaları olmayınca, bu azaların yıkınmasına yönelik faraziye düşer. Örneğin bir kimsenin abdestte yıkaması farz olan eli dirseğin üst kısmından veya ayağı bilekten kesilmişse yıkama mükellefiyeti kalmaz. Yani organlarından biri noksan ise yalnızca sağlam olan organlarını yıkar. Dolayısıyla eğer kişi ortopedik engelli ise ve herhangi bir protez kullanıyorsa bu durumda o protezin temiz olması yeterli kabul edilir. Ayrıca protezin yıkınmasına gerek yoktur. Çünkü yıkınması gereken organın az da olsa bir parçası mevcut olmalıdır. Protezin sargıya benzetilerek mesh edilebilmesine de ihtiyaç duyulmaz. Çünkü sargı üzerine mesh, sargının kapattığı kısmın yerine yapılmaktadır. Halbuki buradaki örnekte olduğu gibi protez herhangi bir organı kapatmamakta, tamamen olmayan uzvun yerini almaktadır. Bu durumda protezin haddesinden değil de necasetinden söz edilebilir.

Protezler hangi maddeden yapılırsa yapılsın insan vücuduna takıldıktan sonra temiz kabul edilirler. Nitekim Nevevi (o. 676/1277), kırılmış bir kemiğin kaynaştırılması gerekli olur ve bunun için insan kemiği dışında, necis bile olsa başka bir madde de bulunamazsa kaynaştırma işleminde insan kemiğinin kullanılabilceğini söylemiştir. Ancak kullanılan bu maddeler, takıldıktan sonra insan bedeninin bir parçası sayıldığı için temiz tutulmalıdır. Aksi takdirde insanın bedeninin herhangi bir yerine bulaşan necasetin namaza mâni olduğu gibi proteze de bulaşan necaset namaza engel teşkil eder.

3.2.2. Diş Tedavilerinin Temizliğe Etkisi

Diş tedavileri hastalığın şekli ve niteliğine göre, çıkartılıp takılabilen ve sabit protezler şeklinde olabileceği gibi, dolgu ya da kaplama gibi daimî tedavi şeklinde de olabilir. Ağzın abdest ve gusülde yıkıyor olması diş tedavilerini bu acıdan tartışmalı hale getirmiştir. Hemen belirtelim ki bu tartışma sadece gusülde ağzı yıkamanın farz olduğunu kabul eden Hanefi ile hem abdest hem de gusülde ağzı yıkamanın farz olduğunu söyleyen Hanbeli mezhepleriyle ilgilidir. Çünkü Şafii ve Maliki mezheplerine göre abdest ve gusülde ağzı yıkamak sünnettir.

Hanefi ve Hanbeli fukahası diş tedavisinin gusle engel teşkil edip etmeyeceğini değil daha çok hasta bir dişin altınla tedavisinin caiz olup olmayacağını tartışmışlardır. Neticede meseleyi zaruret kapsamında değerlendirerek cevazına hükmetmişlerdir. Diş tedavilerinin cevazı noktasında bir sakınca görülmeyince, bu tür tedavilerin abdest veya gusle engel teşkil etmeyeceği de ortaya çıkar. Ayrıca tedaviden önce hastanın abdest ve gusül alması da gerekmez.

Dişe yapılan dolgu ve kaplama, tedavi edilen dişin dış yüzeyi hükmündedir. Yeni takılan diş de takıldığı yerde daha önce bulunan dişin yerini alır. Bu sebeple ağız yıkılırken kaplı ve protez dişler de yıkınmış sayılır. Nitekim Kasani (o. 587/1191), “Kaplama, diş tabidir. Tabi olan aslın hükmünü taşır.” diyerek bu duruma işaret etmiştir. Dolgu ve kaplamayı sargıya benzetenlere göre ise ağza su alınca diş de mesh edilmiş olur. Bu durumda her iki

yaklaşım açısından da dış tedavilerinin abdeste ve gusle mani bir yönünün bulunmadığını söyleyebiliriz.

3.2.3. Yapay Anüsün ve Kateterizasyonun Temizliğe Etkisi

Günümüzde yapay anüs ve idrar sondası gibi tedaviye yardımcı yapay maddelerle yaşayanların sayısı gittikçe artmaktadır. Son yıllarda tıpta meydana gelen ilerlemelerin uygulamaya koyduğu bu yardımcı unsurlar, kişilerin günlük yaşamını daha da kolaylaştırmaktadır. Ancak bu yardımcı tedavi unsurları ekonomik ve psikolojik sorunların yanı sıra temizlik ve ibadetler bakımından da bazı sorunları beraberinde getirmektedir. Bu durumda hayatlarının bir kısmını veya tamamını bu yapay unsurlarla geçiren ama aynı zamanda ibadetlerini de yapmak isteyen insanların bu sorunlarına çözüm üreterek dini yaşamlarını da kolaylaştırmak gerekmektedir.

Yapay anüs, genellikle bir bağırsak bölümünün, daha seyrek olarak da idrar yollarının karın duvarına ağırlaştırılmasıdır. Başka bir deyişle karın bölgesindeki bir cerrahi uygulamayla ileuma (incebağırsağın son bölümü) ya da kalınbağırsağa bağlanan bir açıklık oluşturulur. Böylece dışarıya çıkan dışkılar bu ağız bölümüne takılan bir torbada toplanır. Yapay anüsler açıklığın oluşturulduğu ic organın cinsine ya da bölümüne göre ileostomi, kolostomi ve urostomi denen üç türe ayrılır.

İleostomi, ince bağırsağın son bölümünün karın duvarından geçirilerek dışarıya çıkarılıp kendi üzerine dikilmesidir. İleostomi yalnızca karının alt bölümünde, orta hattın sağında acılır. Günümüzde *kontrollü ileostomi* denilen bir uygulamayla karın içine konan bir “cep” aracılığıyla 0,5 lt’den fazla sıvı dışkı toplanır. Ayrıca kapak biçiminde işleyen bir mekanizma aracılığıyla dışkının tutulması da sağlanır.

Kolostomi, kalınbağırsağın herhangi bir bölümün cerrahi bir girişimle karın duvarından dışarıya çıkarılmasına dayanır. Hastalık iyileştiğinde, uygulamaya son verilerek dışkının normal yoldan çıkması sağlanır.

Urostomide, idrar boruları idrar torbasından ayrılır ve karın duvarıyla ağızlaştırılmış bir bağırsak kanalına bağlanır.

Vücuttaki herhangi bir organ veya boşluktaki sıvıyı dışarı boşaltmak için uygulanan işleme de kateterizasyon, kullanılan malzemeye ise kateter veya sonda adı verilmektedir. Bu işlem mide ve kalp gibi boşluklardaki sıvıların boşaltılmasında kullanıldığı gibi daha çok mesanedeki idrarın boşaltılmasında uygulanmaktadır.

İdrar torbasını boşaltmak amacıyla, kateterizasyon işlemi idrar yolundan (uretral) veya kasık üstünden (suprapubik) olmak üzere iki yoldan uygulanır. Kateterizasyon işleminin temel amacı mesanede biriken idrarın dışarı alınmasıdır.

Yapay anüs ve kateterizasyon dışında vücuttan sıvı boşaltmak maksadıyla kullanılan bir diğer uygulama da drenaj işlemidir. Bu işlem daha çok operasyon yerinde biriken kan ve sıvıları boşaltmak için dren denilen özel hortum sistemleri, tüp veya fitil yerleştirilerek uygulanır. Drenler genellikle operasyonun ertesi günü çıkarılır.

Öncelikle necasetten taharetin gerçekleşmesi için yapay anüs, sonda ve tüp gibi yapay tedavi ürünleri ve bu ürünlerin çevresindeki bölge sürekli temiz tutulmalıdır. Her torba değişiminde cilt su ile yıkanmalıdır. Yıkanan cilt bölgesi daha sonra bütünüyle kurulanmalıdır.

Normal çıkış yollarının tıkalı olması durumunda midenin altından açılmış herhangi bir delikten çıkan idrar, dışkı ve yellenmenin abdesti bozacağı üzerinde mezhepler arasında ittifak vardır. Çünkü bu ikinci çıkış yeri/yerleri mutat çıkış yeri hükmünü alır. İhtilaf çıkış deliği midenin üstünden olmasıyla alakalıdır. Ancak modern tıpta mide hizasının üstünden böyle bir delik açılması söz konusu olmadığı için ihtilaf da teoriden öteye geçmemektedir.

Yapay anüs, sonda ve dren kullanan hastaların abdest bakımından konumları bu maddelerin kullanım şekli, suresi ve niteliğine göre farklılık arz etmektedir.

* İdrarın mesaneden boşaltılması için kullanılan sonda belli bir süreyle sınırlı tedaviler için idrar yolundan kullanılır. Dolayısıyla bu uygulamalara muhatap olan hastalar, özür sahibi hastaların hükümlerine tabidir.

* Belli bir süre tedavi maksadıyla kolostomi şeklinde bir yapay anüs ve idrarı boşaltmak için kasıktan katater uygulamasına tabi tutulan hastalar da özür sahibinin hükümlerine göre hareket eder.

* Daimî kolostomi ile kontrollü ileostomi ve urostomi uygulanan hastalar ise normal yollardan idrar ve dışkısını yapanlar gibi kabul edilir. Çünkü bahsi geçen yöntemlerde, dışkı ve idrar karın içinde bir “cep”te veya karın dışına yapılan ağızlamada özel bir kapakla kontrol altına alınabilmektedir. Böylece hasta bütün tuvalet ihtiyaçlarını kontrol altına alabilmektedir.⁹⁸ Dolayısıyla bu durumda olan hastaların abdesti, karın içine yapılan cebin veya karın dışındaki kapağın açılıp boşaltılmasıyla bozulur. Nitekim el-Fetava’l-Hindiyye’de bu duruma ışık tutacak şöyle bir fetva yer almaktadır: “Bir kimse, idrarın çıkmasından korksa da zekerinin deliğine pamuk tıkasa, idrar pamuğun üzerine çıkmadıkça, pamuk olmadığı takdirde çıkacak olsaydı bile, o kimsenin abdesti bozulmaz ve pamuğu koymuş olmasında da bir beis yoktur.”

* Ameliyat yerinde biriken kan ve sıvıları boşaltmak için dren takılan hastalar, Hanefi ve kanın çok olması durumunda Hanbelilere göre özür sahibi hastanın hükümlerine tabidir. Maliki ve Şafiilere göre ise sepileyen dışında çıkan kan abdesti bozmadığından hasta bu yönüyle sağlıklı insanların hükümlerine tabi olur.

3.2.4. Muayenenin Abdeste Etkisi

Hekimler mesleklerini icra ederken hastaya teşhis koymak, teşhise uygun tedavi yöntemini bulmak ve uygulamak, cerrahi müdahalelerde bulunmak gibi birçok faaliyette bulunurlar. Bu nedenle hekim kendisine başvuran hastaya teşhis koymadan önce tam bir anamnez (hastalık öyküsü) alır ve bazı sorular sorarak hastalığın sebeplerini araştırır. Hastayı muayene ettikten sonra gerekli tahlil ve tetkikleri yaparak teşhis koyar. Ardından uygun tedavi yöntemini belirleyerek hastasına uygular.

Bilindiği üzere muayenelerin çoğu el ile temasla gerçekleşir. Ancak eğer doktorla hastanın cinsiyetleri birbirinden farklı ise mutlak manada temasın abdesti bozduğunu kabul eden Şafiiler için konu farklı bir boyut kazanmaktadır.

Bir zaruret olmadığı surece erkek doktora muayene olan kadın hastayla kadın doktora muayene olan erkek hastanın abdesti Hanefî, Maliki ve Hanbeli mezheplerine göre bozulmaz. Çünkü bu üç mezhebe göre şehvet içermeyen dokunuşlar abdesti bozmaz. Şafii mezhebine göre ise doktor kendisinden farklı cinsten bir hastanın çıplak vücudunun herhangi bir yerine dokunursa her ikisinin de abdesti bozulur. Ancak zarurettten dolayı hasta kendi cinsinden olmayan bir doktora muayene olursa abdesti bozulmaz. Çünkü zaruret gereği dokunma yasağı ortadan kalkınca buna bağlı olarak abdestin bozulma hükmü de geçersiz hale gelir.

3.2.5. Laboratuvar Tetkikleri İçin Hastadan Numune Almanın Abdeste Etkisi

Doktor muayenesinden sonra hastalığın teşhisinde en önemli unsurlardan biri laboratuvar raporlarıdır. Çünkü laboratuvar raporları doktorlara hastalıkların tanı, takip ve tedavisinde son derece önemli bilgiler vermektedir. Ancak laboratuvar tetkiklerinde doğru sonuç alınabilmesi için hastadan bazı numunelerin alınması gerekir. Klinik laboratuvarlarda incelenmek üzere alınan başlıca maddeler kan, idrar, balgam, beyin omurilik sıvısı ve dışkıdır.

Her ne şekilde olursa olsun vücuttan çıkan veya alınan idrar ve dışkı abdesti bozar. Solunum organlarının salgıladığı ve ağızdan dışarı atılan sümüksü maddeye balgam denir. Balgam kanlı olmadığı surece ağız dolusu olsa bile abdesti bozmaz. Ancak hastadan alınan balgamın kanlı olduğu bariz bir şekilde anlaşılırsa Hanefilere göre abdesti bozar, diğer mezheplere göre bozmaz. Yukarıda da geçtiği üzere Şafii ve Malikilerde vücuttan çıkan kan hiçbir şekilde abdesti bozmaz.105 Hanbelilerde ise kan çok olursa abdesti bozar.

Beyin omurilik sıvısı (BOS/bel suyu), beyin ve omurilik içindeki boşluklar ile bunların etrafındaki zarların içinde dolaşan berrak bir sıvıdır. Beyin ve omuriliğin özellikle iltihabi ve mikrobik hastalıklarının teşhisi için bazen bu sıvıdan numune alınması gerekebilir. Omurga kanalından iğne yardımıyla alınan bu sıvı tabiatı itibarıyla temizdir. Dolayısıyla sadece bu sıvının alınması abdesti bozmaz. Ancak iğne yapılan yerden etrafa yayılacak miktarda kan çıkarsa yine Hanefilere göre abdest bozulur. Diğer mezheplere göre bozulmaz.

Klinik laboratuvarlarda incelenmek üzere hekim tarafından alınması en çok istenen sıvı kandır. Kan, kapalı vakum sistemi kullanılarak ya da iğne ve enjektör ile alınır.108 Tıbbi tetkik ve tahlil için vücuttan kan alınması Hanefilere göre abdesti bozar. Hanefilerin bu husustaki dayanağı “*Her akan kandan dolayı abdest almak gerekir.*” hadisidir. Tetkik için alınan kan çok olursa Hanbelilere göre de abdesti bozar. Şafii ve Malikilere göre tetkikler için alınan kan da abdesti bozmaz. Onların bu konudaki dayanağı “*Rasulullah kan aldırdı ve abdest tazelemeksizin namaz kıldı. Kan aldırdığı yerleri yıkamanın dışında, başka bir şey yapmadı.*” (Buhari, “Vudu”, 34; Muslim, “Hayz”, 18) rivayetidir.

Görüldüğü üzere kan almanın abdeste etkisi, vücuttan kanın çıkmasının abdesti bozup bozmayacağına dair görüşlere dayanmaktadır. Dolayısıyla bu konuda bir tercihte bulunulurken ilgili görüşler göz önünde bulundurulmalıdır. Kanaatimizce tedavi maksadıyla da olsa vücuttan alınan veya çıkan kan abdesti bozar. Çünkü kan necisi bir sıvıdır.

4. TEDAVİ SÜRECİNİN NAMAZA ETKİSİ

Namaz akil ve baliğ olan her Müslümana farzdır. Dolayısıyla olağan durumlarda kılınmasına özen gösterildiği gibi, hastalık gibi meşakkatli durumlarda da çoğu zaman terkine izin verilmemektedir. Ancak bazı hastalıklar veya bu hastalıkların tedavi sürecinde insanlar bilincini veya vücut direncini kaybedebilmektedirler. Hastalığın veya tedavinin mahiyetine ve ağırlığına göre ya namaz sorumluluğu düşmekte ya edası tehir edilmekte ya da edasında bazı kolaylıklar sağlanmaktadır. Uzun süre komada kalan hastadan namaz sorumluluğunun düşmesi ve bayılan hastaya sonradan kaza etme imkânı verilmesi bunlardan bazılarıdır. Ayrıca gereği gibi eda edemeyenlere oturarak, yatarak ve ima ile namaz kılma, bazı durumlarda da namazları cem etme ruhsatı verilmiştir.

Hastalıkların çeşitliliğine paralel olarak tedavi sürecinde farklı uygulamalarla karşılaşmak mümkündür. Hatta yeni tıbbi gelişmeler bu uygulamaların çeşitliliğini daha da artırmaktadır. Dolayısıyla tedavi sürecinde yapılan uygulamaların tamamını ve bunların namaza etkisini incelemek mümkün değildir. Bu nedenle bir fikir vermesi bakımından hastanın tedavi sürecinde karşılaştığı ve namazını bir şekilde etkileyen sıkıntılar ve böyle hastalara tanınan ruhsatlar ele alınacaktır.

4.1. Anestezi Uygulamasının Namaza Etkisi

Sözcük anlamı ağrı ve acıya karşı duyarlılığı yok etme anlamına gelen “anestezi (anesthesia)”, tıbbi bir terim olarak cerrahi girişim için anestetik madde vererek kişide ağrı ve acı hissini ortadan kaldırmaya denir. Lokal ve genel olmak üzere ikiye ayrılır. Lokal anestezi (regional anesthesia), bilinç kaybı olmaksızın, sinir iletimini bloke eden ilaçlarla vücudun bir bölümünde duyarlılığın kaldırılmasıdır. Bu tür bir anestezi şuur kaybına sebebiyet vermediği için namaz mükellefiyetine bir tesiri yoktur. Ancak uygulandığı bölge itibarıyla abdest tutamamaya neden olursa uygulamaya muhatap olan hasta özür sahibi hastaların hükümlerine tabi olur.

Genel anestezi (general anesthesia), bilinç kaybı ile beraber vücudun tümünde his yokluğu ve kaslarda gevşeme oluşturan anesteziye denir. Genel anestezi bir anlamda yapay olarak oluşturulan bir uyku halidir. Zira normal fizyolojik uyku halinde organizmada gözlenen değişikliklere (gözlerin kapanması, gözyaşı, tükürük salgılanmasının azalması, idrar miktarının azalması, kasların gevşemesi, solunum düzeninde değişme ve yavaşlama, kalp atım hızında yavaşlama ve çeşitli hormonların salgılanmasında azalma) anestezi sürecinde de rastlanır.

Genel anestezi uygulanan hastaların namaz mükellefiyeti hususunda İslam hukukçuları arasında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşleri üç başlık altında toplamak mümkündür. Birinci görüşe göre anestezi uygulanan hastanın durumu haram olmayan

yoldan sarhoş olanın durumuna benzer. Dolayısıyla bir uyuşturucu maddeyi ameliyat için kullanarak veya haram kılınmış olan bir maddeyi cebir (ikrah) yoluyla kullanmak suretiyle meydana gelen sarhoşluk, sorumluluğu gerektirmez.

İkinci görüşe göre anestezi uygulanan hasta “baygın” olan kişinin hükümlerine tabidir. Çünkü genel anesteziyle hasta aynen bayılan kişi gibi akıl ve idrak gücünü kaybetmektedir.

Bizimde katıldığımız ucunu görüşe göre ise anestezi uygulanan hastanın durumu uyku gibidir. Çünkü ekseriyetle anestezi de uyku gibi bir gün bir gece devam etmez. Baygınlık öyle değildir, bazen uzun sürebilir. Bu durumda uyku, ibadetlerin vacip olmasına mâni olmadığı gibi anestezi de engel değildir. Sadece eda ehliyetini geciktirir yani kılınamayan namazların kaza edilmesi gerekir.

4.2. Baygınlık ve Koma Halinin Namaza Etkisi

Baygınlık, geçici bir süre için akıl ve şuurun kapalı olması, akli kullanma imkanının bulunmaması halidir. Akıl gücünü geçici olarak perdeleyip zihni faaliyeti engelleyen bu fizyolojik hal, koma şeklinde uzunca bir zaman da sürebilir.

Koma ise dış uyaranlara rağmen kendinin ve çevrenin tamamen farkında olamama durumudur. Bir diğer ifadeyle koma, bilinç kaybının eşlik ettiği derin uyku halidir. Komalı hastalar dış uyaranlara ve iç gereksinimlere fizyolojik olarak cevap vermezler.

Bilinç ve fizyolojik durum itibariyle aynı özellikleri taşıyan bayılma ve komaya girme, akli melekeleri işlevsiz kılmaktadır. Bu nedenle bayılan ve komaya giren kişi ayılıncaya kadar ibadetle mükellef değildir. Hz. Peygamber “*Üç kişiden sorumluluk kaldırılmıştır. Uyanıncaya kadar uyuyandan, buluşa erinceye kadar çocuktan ve akli dengesine kavuşuncaya kadar deliden*” (Tirmizi, “Hudud”, 1; Darimi, “Hudud”, 1) buyurarak bu duruma da işaret etmiştir. Ancak fukaha bayılma veya komanın suresinin ve niteliğinin mükellefiyete etkisi hususunda ihtilaf etmiştir. Nitekim Hanefî mezhebine göre baygınlığın beş vakitten fazla (bir gün ve gece) sürmesi namaz borcunu düşürür. Eğer bayılan kimse ayıldığında, baygın olarak geçirdiği namazların sayısı beş veya beşten azsa onları kaza eder.

İbn Ruşd (o. 595/1198) mezhepler arasındaki ihtilafın sebebinin şöyle açıklamaktadır. “Baygınlık bir yandan uykuda kalan, bir yandan da deliren kimseye benzemektedir. Bu durum, böyle kimselerin namaz sorumluluğu hususunda mezhepler arasında görüş ayrılığına sebep olmuştur. Baygın düşeni uykuda kalana benzetenler ‘Kendisine kaza gerekir.’ demişlerdir. Delirene benzetenler ise ‘Kaza gerekmez.’ demişlerdir.”

Kısa süreli bayılmayı uykuya, uzun süreli bayılma ve komayı da delirmeye benzetmek, tıp literatürünün bu kavramlara yüklediği anlamla daha fazla uyumluluk göstermektedir. Bu nedenle Hanefî mezhebinin bu konudaki görüşü daha isabetli gözükmektedir.

4.3. Fiziki Hastalıkların Namaza Etkisi

Taat, takata göre olduğundan, yani buyruğun yerine getirilmesi kişinin gücü ölçüsünde olduğundan hastanın namazı kendi gücüne göre belirlenmiş, hastalığın artması ve şiddetlenmesi nispetinde namazın eda biçiminde kolaylığa izin verilmiştir. Bu cümleden olarak insan sakatlık, hastalık veya kudretsizdik sebebiyle namazın kıyam, rükû, secde gibi

bazı rükünlerini yerine getiremediği durumlarda adı gecen rükünler asli şekilleriyle kendisinden sakıt olur. Ancak bu rükünleri yapabildiği kadarıyla uygulama yoluna gider. Nitekim basur hastalığı olan İmran b. Husayn Rasulullah'a namazı nasıl kılacağını sorduğunda Allah Rasulu şöyle buyurmuştur: “*Ayakta kıl, güc yetiremezsen oturarak kıl, buna da gücün yetmezse yan ustü (yatarak) kıl.*” (İbn Mace, *İkametu's-Salat*, 139) Fakihler de bu hadise dayanarak namazda ayakta durmaktan aciz olan kimselerden kıyam rüknünün düşeceği hususunda ittifak etmişlerdir.

Halsizlik ve baş dönmesi gibi durumlar sebebiyle namazda kıyamda duramayan kimse namazı oturarak kılar. Oturduğu yerden rükû ve secde yapar. Rükû için az eğilir, secdeyi de normal olarak yapar. Kalça veya dizlerinde protez olan hastalarda olduğu gibi secdeye de eğilemiyorsa o zaman secdeyi de ima ile yapar. Bu durumda rükû için eğildiğinden daha fazla eğilerek secdeyi yapar. Yatarak tedavi görmek zorunda kalan hastalar ile yatalak hastalarda olduğu gibi oturarak da kılamıyorsa yattığı yerde kılar. Yatma şekli sırt ustü olacaksa ayakları kibleye gelecek şekilde yatar. Yani sırt ustü yatan bu insanı ayağa kaldırdığımızda yüzü kibleye gelecek şekilde yatmış olacaktır. Fakat yatma şekli yan ustü olacaksa o zaman da yüzü kibleye gelecek şekilde yatacaktır. Yatarak namaz kılacak olan kişi başı ile ima ederek namazını kılar. Başı ile dahi ima edemeyecek olan kişi ise Hanefilere göre namazını tehir eder. Çünkü ima hareketle olur. Hareket ancak başla olur. Gözün sağa sola çevrilmesi hareket olarak sayılmaz. Kalbin fiili ise niyetten ibarettir. Bu nedenle baş dışındaki ima ile namaz geçerli olmaz. Hanefilerden İmam Züfer (158/774) ve diğer mezheplere göre ise hasta bilincini kaybetmediği surece kalben ve zihnen ima yaparak namazını kılar demişlerdir.

Hastalığın vermiş olduğu sıkıntı ve meşakkatten dolayı tanınan kolaylıklardan bir de iki namazın birleştirilerek kılınmasıdır. Normalde beş vakit namazdan her birinin kendine ayrılan vakit içinde kılınması farz olmakla birlikte, bazı özel durumlarda öğle ile ikindi ve akşam ile yatsı namazının birleştirilerek kılınması caiz görülmüştür. Alimler, hac zamanında Arafat'ta öğle ile ikindinin, öğle namazının vaktinde birlikte kılınması (cem-i takdim) ve Muzdelife'de akşam ile yatsının, yatsı namazının vaktinde birlikte kılınması (cem-i tehir) konusunda görüş birliği etmişlerdir.

Hanefi mezhebinde, haccın dışında namazların cem edilmesi caiz görülmez. Bununla birlikte Hanefilere göre yolculuk ve yağmur gibi cem'i mubah kılan mazeretlerin bulunması durumunda fiili (suri) cem uygulaması mümkündür.

Diğer mezheplerde hac dışında da cem, belirli sebep ve şartlarla caiz görülmüştür. Ancak bu çalışmanın konusuyla alakasından dolayı burada sadece hastalık durumu açısından mezheplerin görüşleri sunulmaktadır değerlendirilmediği bulunacaktır.

İmam Şafii'nin meşhur görüşüne göre hastalık sebebiyle cem caiz değildir. Ancak mezhep içerisinde hastalık sebebiyle namazların cem edilebileceğini savunan alimler de vardır.

Malikiler, hasta olan kişinin cem yapabileceğini, yolculukta yapılan cem'e kıyas ederek söylemişlerdir. Seferde meşakkat olduğundan dolayı cem, caiz görülmüştür. Meşakkat hastada daha fazladır ve hastanın bu ruhsata daha çok ihtiyacı vardır. Hastanın her vakit için abdest alıp namaz kılması zor oluyorsa cem yapılabilir. Örneğin abdest alırken kendisine yardım edecek birisini bulamayan hastanın cem yapması caizdir. Aynı şekilde epilepsi hastası olan veya baygınlık geçireceğinden korkan kimselerin de namazlarını cem-i takdimle kılmaları mümkündür. Ancak korktuğu başına gelmezse namazı yeniden kılar.

Hanbeliler de hastalık sebebiyle meşakkat söz konusu olduğunda cemi caiz görmüşler ve emzikli kadını, istihaze kanı gören kadını, özür sahibi kişileri ve her vakit için abdest almaktan aciz olan kişileri de aynı hükme tabi tutmuşlardır.

Neticede olağan ve normal durumlarda beş vakit namaz öncelikle kendi vakitleri içerisinde kılınmalıdır. Ancak bazı özel durumlarda, kolaylaştırma maksadıyla Peygamberimiz tarafından da uygulanan namazları cem etme ruhsatından istifade edilebilir. Örneğin hasta halde veya cemederek kılamadığı takdirde, meşakkat ve zorlukla karşılaşma ihtimali olan kişi namazları cem edebilir. Kendisinde sürekli idrar akıntısı bulunan özürlü kimseler ile her namaz için suyla abdest alamayan veya teyemmüm edemeyen kimseler de namazlarını cem ederek kılabilirler. Aynı şekilde hasta ameliyata girmeden önce ameliyat sırasında kılamama ihtimali olan namazı cem-i takdimle kılabilir. Kaldı ki cem-i takdim veya cem-i tehir yaparak namazları kılmak kazaya bırakmaktan daha uygun bir çözüm olarak görünmektedir.

II. İSLAM HUKUKU BAKIMINDAN TEDAVİ SÜRECİNDE HASTA MAHREMİYETİNİN İHLALİ

Giriş

Allah (c.c.), insanı üstün bir varlık olarak yaratmış, saygıya layık görmüş ve onun her türlü saldırıya karşı korunmasını istemiştir. Bu korunmuşluk kişinin maddi ve manevi bütün varlığını içine almaktadır. Bu meyanda kişi, mal, can, beden ve namus dokunulmazlığına sahiptir. Kişi, en başta insan olduğu için ve insanlık özelliği gereği, varlığını ve bütünlüğünü sürdürebilmesi için korunur. Bu varlık ve bütünlüğün sürdürülebilmesi amacıyla, şahsiyet denilen bütünü oluşturan kişisel değerlere yapılan saldırılar hukuk düzenince yasaklanmış ve bunların korunması *zaruret-i diniyye*'den sayılmıştır. Hatta kanunların vaz'ının asıl sebebinin bu esasları korumak olduğu fikrinden hareketle bu haklara "*makâsidü'ş-şeria*" adı verilmiştir.

Hayatın belirli dönemlerinde, şu veya bu sebepten dolayı gerek beden sağlığında ve gerekse ruh sağlığında bozulmalar (hastalık) ortaya çıkabilir. Sağlık durumunda ortaya çıkan her aksama, sağlığı bozulmuş olan kişi (hasta) ile hekimi karşı karşıya getirir. Bu karşılaşma, serbest çalışan bir hekim-hasta ilişkisi şeklinde veya bir hastane ortamında kendini gösterebilir. Karşılaşma nerede ve ne şekilde olursa olsun tıp mesleğini icraya yetkili olan hekim, hastanın sağlığını düzeltmek, onu yeniden eski sağlığına kavuşturmak için çeşitli müdahalelerde bulunur. Hekimin bu faaliyetlerinin tamamı tedavi olarak isimlendirilir.

Teşhis, tedavi ve iyileştirme amacıyla da olsa yapılacak tıbbi bir müdahale, kişi üzerinde birtakım işlemlerde bulunmayı zorunlu kılmaktadır. Yapılacak bu faaliyet başlangıçta insanın yaşam, sağlık ve vücut tamlığı gibi insan olmaktan kaynaklanan kişisel değerleri ile isim, onur, saygınlık, özel yaşam ve mahremiyet gibi toplum içinde yaşamasından kaynaklanan kişisel değerlerine zarar verici nitelikte görülmektedir. Ancak müdahalenin amacı, bu değerlerin daha da iyileştirilmesini sağlamak olduğundan prensip olarak hukuka uygunluğu kabul edilmektedir. Çünkü hekimin hastaya müdahalesinin hukuki dayanağını çoğunlukla hasta ile hekim arasında rızaya dayanan bir akdi ilişki oluşturmaktadır. Tedavi sözleşmesi olarak isimlendirilen bu akdin ihlalinden söz edebilmek için hekimin tedavi sözleşmesinden doğan borçlarından birini veya tamamını yerine getirmemiş veya gereği gibi yerine getirmemiş olması gerekir. Hekimin tedavi sözleşmesinden kaynaklanan borçları genel olarak, “Teşhis koyma ve uygun tedaviyi seçip uygulama borcu”, “hastayı aydınlatma”, “özen gösterme”, “sadakat ve sır saklama” başlıkları altında ele alınmaktadır. Her ne kadar bazı İslam hukukçuları “özen gösterme”, “sadakat ve sır saklama”yı doktorun ahlaki sorumlulukları arasında saymış olsa da kanaatimizce sonuçları itibariyle hukuki sorumluluk yönü daha ağır basmaktadır.

Bu bildiride öncelikle hekimin sır saklama ödevi incelenecektir. Ardından hastalığın teşhis ve tedavisi bağlamında hasta haklarından “mahremiyet hakkının ihlali” hukuki yönüyle ele alınacaktır. Bu nedenle konu “hastaya ait bilgilerin saklı tutulması” ve “beden mahremiyetinin korunması” olmak üzere iki ana başlık altında sunulacaktır.

1. Hastaya ait bilgilerin saklı tutulması

Doktorun hastasını muayene ettikten sonra elde ettiği bulguları yazarak bir nüshasını kendi yanında bulundurmamak suretiyle tedaviyi takip etmesi onun mesleki yükümlülükleri arasında yer alır. Hekimin bunları yapması, hasta ile arasında yaptığı sözleşmeye sadakatının bir ifadesi olarak da görülmektedir. Bu nedenle hekim, sadakat borcunun bir gereği olarak hastaya karşı dürüst davranmalı, onun güvenini sarsacak davranışlardan kaçınmalıdır. Tedavi faaliyetini gerçekleştirirken sadece kendi sanatının kurallarına uygun şekilde davranmakla yetinmemeli, somut olay bakımından hastanın kişiliğini de göz önünde tutmak suretiyle özel bir anlayış göstermelidir. Ayrıca hekimin, hastaya ait teşhis ve tedavi dolayısıyla sahip olduğu sırları koruması da bir sadakat borcudur.

Sözlükte “saklamak, gizlemek” anlamında mastar ve “saklanan, gizli tutulan, bir şeyin iç yüzü, bir nesnenin özü, her şeyin en iyisi” gibi anlamlarda isim olan sır kelimesi (çoğulu esrâr, serâir) ahlâk terimi olarak genellikle bir kimsenin saklı tuttuğu, başkalarının öğrenilmesini istemediği, kendisine veya başkasına ait bilgiler için kullanılır. Sır, sahibinin saklı kalmasını istediği, şeriatın gizli tutulmasını emrettiği ve bir kimsenin mesleği dolayısıyla sahip olduğu sırlar olmak üzere üç kategoride ele alınabilir. Başkasıyla paylaşmamak üzere bir kimsenin arkadaşına söylediği birinciye, eşlerin kendi aralarında vuku bulan gizli durumlar ikinciye örnek verilebilir. Hekimin tedavi sürecinde hastaya dair edindiği ve saklı kalması gereken sırlar da üçüncüye örnek verilebilir.

Kur'an-ı Kerim'de sır kavramı birçok ayette insanın içinde saklı tuttuğu özel durumunu, duygu ve düşüncelerini, başkalarından saklayarak söylediği ve duyulmasını istemediği sözleri ve yaptığı işleri ifade etmek üzere kullanılır. Hadislerde sır saklamanın önemi vurgulanmakta, Hz. Peygamber ile sahabilerin bu husustaki tutumlarına ve konuya verdikleri öneme dair bilgiler yer almaktadır. Örneğin Peygamberimiz (s.a.v.) bir hadislerinde kıyamet gününde Allah'ın huzurunda en kötülerden sayılacak insanlardan birinin de eşinin kendisine verdiği sırları etrafa anlatan kimse olduğunu söylemiştir. Bir başka rivayette Enes b. Mâlik'in anlattığına göre Resul-i Ekrem kendisine mahfuz bir bilgi vermiş, bu bilgiyi merak edip soran Ümmü Süleym'e Enes, "Bu ikimizin arasında bir sırdır." deyince Ümmü Süleym ona, "Öyleyse Resulullah'ın verdiği sırrı koru" demiştir. Enes de daha sonraları bu sırrı hiç kimseye açıklamamıştır.

Türkçede ve günümüz hukuk sistemlerinde sır kavramına verilen anlamlar, İslam literatüründe verilen anlamlarla büyük oranda örtüşmektedir. Bu tariflerden biri şöyledir: "Sır, sahibi tarafından açıklanması istenmeyen, herkes tarafından bilinmeyen/bilinmeyecek durumda olan açıklanması halinde sahibinin ya da yakınlarının onuruna, saygınlığına veya maddi varlığına zarar verecek bilgilerdir." Ancak hekim açısından düşünüldüğünde, hekimlik bir meslek olduğu için burada mutlak anlamda sırdan değil de "meslek sırrı"ndan söz edilmesi daha doğru olacaktır. Meslek sırrı, sır kavramına dâhil edilebilecek bir bilginin meslek sahibi tarafından mesleğini icra ettiği sırada öğrenilmesiyle oluşur. Başta hekim, sağlık personeli ve hastanelerin mesleklerini icra sırasında öğrendikleri gerek tıbbi gerek tıbbi olmayan; hastanın kendinden veya yakınlarından doğrudan ya da dolaylı olarak edindiği her bilgi mesleki sır kapsamına dâhildir. Ancak hekimin sır saklama yükümlülüğünden söz edebilmek için öncelikle şu şartların gerçekleşmesi gerekir:

- Edinilen bilginin sır kapsamına dâhil edilebilmesi için öncelikle hastanın bu bilgilerin gizli kalmasını istemesi veya saklanmasının onun yararına olacağı kanaatinin ağır basması gerekir. Hasta irade beyanında bulunamayacağı durumlarda zarar vermeme ilkesine göre hareket edilir.

- Edinilen bu bilgi, hekim ile hastanın tedavi ilişkisi içinde oldukları süreçte öğrenilmiş olmalıdır.

- Öğrenilen bilgiler, doğrudan hastaya ait olmalıdır.

Sağlık hizmetlerinde hastanın verdiği sırların gizliliği genelde hasta haklarının özel de ise hasta mahremiyetinin bir parçasıdır. Dolayısıyla bu bilgilerin korunması hastanın kişilik haklarının, toplumdaki saygınlığının ve onurunun korunması bakımından önem taşımaktadır. Bu nedenle hastaların, hekimlerden, diğer sağlık çalışanlarından veya hastaneden kendilerine ait bu bilgilerin gizli tutulmasını isteme hakları vardır.

İslam hukukunda özellikle meslek sahiplerinin, meslekleri sırasında öğrendikleri hususları açıklamaları özel olarak düzenlenmiş değildir. Bununla beraber başkalarının sırlarını öğrenmeyi amaçlayan davranışlarda bulunmak veya herhangi bir şekilde öğrenilen kabahatleri başkalarına söylemek İslam dini tarafından hoş karşılanmamıştır. Nitekim

Peygamberimiz (s.a.v.) meslek sahibinin edindiği sırları gizlemesini tavsiye ederek şöyle buyurmuştur: “Ölüyü yıkayıp da onda gördüğü hoş olmayan halleri gizleyen kimseyi Allah (c.c.) kırk kere bağışlar.”⁹⁴

Her ne kadar meslek sırlarının ifşası İslam hukuku kaynaklarında açıkça bir suç olarak gösterilmemiş olsa da belirli bazı fiillerin kişilere veya kamuya zarar vermesi hâlinde bunlar kanun koyucu tarafından suç hâline getirilir ve faillerin cezalandırılması yoluna gidilebilir. Bundan ötürü gerek mesleği gerekse özel ilişkileri nedeni ile başkasının sırrını öğrenip ve bunu açıklayan, sırrını açıkladığı kimsenin zarar görmesine neden olursa sorumlu tutulur. Bununla beraber bu sorumluluğun haklı bir nedene dayanmaması da gerekir.

Avukat, banka memuru, noter, doktor gibi bazı kişiler meslekleri icabı başkalarının özel hayatına dair sırları öğrenmektedirler. Ancak bu gibi kimselerin, mesleklerini ifa esnasında öğrendikleri sırları saklamak, ifşa etmemek mecburiyetleri vardır. Çünkü hastanın güven içerisinde hekimine açılabilmesi için aralarında belli bir güven ortamının bulunması gerekir. Bu anlamda hekimin hastalara karşı en önemli görevlerinden biri, onların teşhis ve tedavi dolayısıyla sahip olduğu sırlarını korumak, başkalarına söylememektir. Hekim hastanın sırlarını kendisine verilmiş bir emanet olarak görmelidirler. Bu sırları وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ “Yine onlar (o müminler) ki emanetlerine ve ahitlerine riayet ederler”⁹⁵ ayetinde belirtildiği üzere gereği gibi korumalıdır. Çünkü bu ayet doktorlara da hastasının sırlarını saklama sorumluluğunu yüklemektedir.

İslam tarihinde muhtesiplerin doktorlara, hastaların gizli sırlarını ifşa etmemeleri, gizli kalması gereken hususları orada burada anlatmamaları hususunda yemin ettirdikleri bilinmektedir. Diğer taraftan muhtesipler “Doktorlar kırılan kemikleri sararken ve hastalarını tedavi ederken başkalarının görmesine izin vermez, gizli yerde muayene ve tedavilerini yaparlar.” diyerek doktorlardan, görevlerini gerekli gizlilik içerisinde yürütmelerini istemişlerdir. Mesleki faaliyet sahaları dışında kalan hususlarda ise doktorlar için de genel kaideler geçerlidir. Yani onlar da diğer şahıslar gibi, özel hayatın gizliliğine riayetle mükelleftirler.

Kural olarak rızası olmadıkça hastaya ait kayıt ve belgelerin başkalarına verilmesi ve sırlarının ifşa edilmesinin hukuka aykırı olduğunu yukarıda belirtmiştik. Ancak hekim için bir haklılık sebebi varsa sırları açıklayabilir. Adli vakalar, güvenlik gibi kamu yararını gerektiren durumlar buna örnek verilebilir. Yine bulaşıcı hastalığa yakalanmış olup tedavisi bitmeden toplum içine karışan bir kişinin hastalığıyla ilgili bilgileri ilgili makamlara bildirilirse hekim sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmiş olmaz. Sırların saklanmasında herhangi bir kamu yararı yoksa hastanın rızasına binaen bu sırlar açıklanabilir. Ancak böyle bir durumda bile hekim hastalarını teşhir ve rencide edici üsluptan kaçınmalıdır.

⁹⁴ Ebu Abdullah Muhammed Hâkim en-Nisâbüri, *el-Müstedrek ale's-sahiheyn*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1990, c. I, s. 362.

⁹⁵ Mü'minûn, 23/8.

Hekim hastanın sırlarına tedavi sözleşmesine dayanarak yaptığı müdahale sonucunda sahip olmuştur. Akitlerin gereğini yerine getirmek ve ona muhalefette bulunmamak, Kur'an'da⁹⁶ ve sünnette⁹⁷ açıkça ifade edilen temel hükümlerdendir. Bu nedenle hasta sırlarının ifşası başta nasların hükümlerine aykırı olduğu için kınanmış ve mesuliyet gerektireceği ifade edilmiştir. Ancak sırrı ifşa edenlere herhangi bir cezai müeyyide öngörülmemiştir. Ancak İslam hukuku açısından ilgili meslek kuruluşlarının veya devletin bu hususta bir hukuki düzenleme yapmasına engel bir durum yoktur. Zira kanun koyucu böyle durumlarda sözleşmeye aykırılıktan dolayı tazir nevinden cezalar koyabilir.

2. Beden mahremiyetin korunması

Tedavi sözleşmesinin hekime yüklediği bir diğer sorumluluk da “Teşhis koyma ve uygun tedaviyi seçip uygulama borcu”dur. Bu meyanda hekimler mesleklerini icra ederken hastaya tanı koymak, tanıya uygun tedavi yöntemi bulmak ve uygulamak, cerrahi müdahalelerde bulunmak gibi birçok faaliyette bulunurlar. Bu faaliyetleri esnasında hekimlerin karşılaştıkları problemlerden biri de “mahremiyetin korunması” meselesidir. Problemin özünü “*Tıpta ayıp yoktur, doktora namahrem olmaz*” genel yargısı bağlamında İslam dininin önemle üzerinde durduğu mahremiyet konusu oluşturmaktadır. Bu anlamda erkek doktorun kadın hastayı muayene etmesi, muayene ve tedavi için gizli yerlerin açılması; doktorun, kadın ve erkek vücudunda, bakılması helal olmayan yerlere bakması İslam hukukçuları arasında tartışma konusu olmuştur.

Sözlükte “haram, haram kılmak ve haram kılınmış” anlamlarına gelen mahrem, dinî bir kavram olarak, genelde Allah'ın haram kıldığı, yasakladığı şeylere, özelde ise, evlenilmesi ebedî olarak haram olan kişilere denir. Mahrem kavramına nispetle her iki anlam da dikkate alınarak mahremiyet, “Şâri'in, insanın özel hayatı ile ilgili hususlarda, başkaları ile kuracağı ilişkiler hakkında taraflara yüklediği hak ve sorumluluk alanları”, şeklinde tanımlanabilir. Başka bir deyişle mahremiyet, Şâri'in, “başkalarının ulaşmasına sınır koyduğu bir hak” olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tanım aynı zaman modern hukuk sistemlerinin aksine mahremiyetin kaynağının Şari Taâlâ olduğunu ortaya koymaktadır. Zira modern hukukta mahremiyet, “genel olarak, kişilerin yalnız başına kalabildikleri, istedikleri gibi düşünüp davranabildikleri, başkalarıyla hangi yer, zaman ve koşullarda ne ölçüde ilişki ve iletişim kuracaklarına bizzat kendilerinin karar verebildikleri bir alanı ve bu alan üzerinde sahip olunan hakkı ifade eder” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanımdaki “bizzat kendilerinin karar verebilecekleri bir alan” ifadesi mahremiyetin kaynağı olarak kişilerin bizzat kendileri olduğuna işaret etmektedir.

Hasta bakımından düşünüldüğünde mahremiyet, hastanın hastalığı ile ilgili bilgilerin gizli olması gerektiğini içerdiği gibi hastanın beden, mekân, eşya gibi özel hayatına dair alanları da içerir. Bir başka deyişle hasta mahremiyeti, kişinin bakım ve tedavi amacıyla ya da başka

⁹⁶ Mâide, 5/1.

⁹⁷ Buhârî, İcâre, 14; Tirmizî, Ahkâm, 17; Ebu Dâvûd, Akdiyye, 12.

bir sebeple açıklamak zorunda olduğu, ancak, toplumdaki tüm bireylerin bilgisinden saklamak istediği yaşam alanını kapsar. Mahremiyet kelimesi insan vücudu için, özellikle cinsel arzulara konu olması açısından kullanıldığında, cinsel dokunulmazlık anlamına gelir. Bu durumda mahremiyet, insan vücudundan bakılması, dokunulması ve hakkında konuşulması haram olan bölgeleriyle ilgili dokunulmazlık halidir.

İlkesel olarak naslarda yer alan avret yerlerinin açılması ve namahrem olana bakma⁹⁸ecessüs⁹⁹, odalara izinsiz bakma yasağı¹⁰⁰ ile hane dokunulmazlığı¹⁰¹, kişinin mahremiyet alanının sınırlarını da çizmektedir. Dolayısıyla hastanın mahrem yerlerine bakılması, dokunulması ve hakkında konuşulması başta olmak üzere, sırlarının ifşa edilmesi, odasına izinsiz girilmesi ve kayıtlarının başkalarıyla paylaşılması prensip olarak yasaktır.

İslam hukukunun kaynaklarına bakıldığında insan sağlığını koruma ve tedavi söz konusu olduğunda “ihtisasa hürmet” prensibine uygun hareket edildiği görülmektedir. Zira hekim ihtisas sahibi olan insandır ve İslam herkes için koyduğu mahremiyet kurallarını hekim için, ihtisas ve savaş gibi bazı şartlar çerçevesinde geçici olarak askıya alır. Nitekim İbn Abbas (r.a.)’ın Necdet İbn Âmir el-Harûrî’nin “Resûlullah (s.a.v.) gazveye çıkarken kadınları da alır mıydı?” şeklindeki sorusuna verdiği cevap konumuza önemli ölçüde ışık tutmaktadır: İbn Abbas kendisine sorulan bu soruya şöyle cevap vermiştir: “Evet, kadınları gazveye götürürdü. Onlar yaralıları tedavi ederlerdi. Kendilerine de ganimetten bir şeyler verilirdi.”¹⁰² Öte yandan askerî seferlerde Resulullah (s.a.v.)’ın karargâhında her zaman kadın hastabakıcılar da bulunurdu. Medine’de de bu konuyla ilgili olarak sık sık “Rufeyde’nin çadırı”ndan söz edilir. Hatta bu çadır bazen Medine’deki büyük mescide kurulur ve yaralılar buraya taşınırdı. Mesela Hendek Gazvesi’nde Sa’d b. Muâz’a ok isabet ettiği zaman Hz. Peygamber (s.a.v.) yanında bulunanlara: “*Sa’d’i Rufeyde’nin çadırına kaldırın ki onu sık sık ziyaret edebileyim.*” demişti.¹⁰³ Ayrıca bazı seferlerinde Resulullah (s.a.v.)’ın, savaş esnasında yaralananların tedavisi için cephe gerisinde bir çadır tahsis ettiği, Rufeyde el-Eslemi, Ümeyme bint Kays, Ümmü Atıyye, Ümmü Sinan el-Eslemiyye, Ümmü Süleym, Ümmü Eymen ve Nüseybe el-Mâziniyye (radiyallahü anhünne) gibi kadın sahabilerin savaşlarda hemşirelik, hastabakıcılık, hekimlik yaptıkları bilinmektedir. Bu rivayetler Peygamberimiz (s.a.v.) Döneminde kadınların erkekleri tedavi ettiğini açıkça ifade etmektedir.

⁹⁸ Nur, 24/30-31.

⁹⁹ “...Birbirinizin ayıbını araştırmayın...” (Hucurât, 49/12).

¹⁰⁰ “İzin almadan bir kimsenin evinin içine bakmak hiç kimseye helal değildir.” (Tirmizî, Salat, 148; Ebu Davud, Tahare, 43).

¹⁰¹ “Ey iman edenler! Kendi evinizden başka evlere, geldiğinizi fark ettirip (izin alıp) ev halkına selâm vermedikçe girmeyin. Bu sizin için daha iyidir; herhalde (bunu) düşünüp anlarsınız.” (Nur, 24/27); “İzin istemek üç defadır. İzin verilirse girersin, verilmezse geri dönersin.” (Buharî, İstizan, 13; Müslim, Edeb, 33-37).

¹⁰² Müslim, Cihad, 137; Tirmizî, Siyer, 8; Ebu Dâvud, Cihâd, 152.

¹⁰³ Arslan Terzioğlu, “Bimâristan”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul, 1992, c. VI, s. 163.

Erkeklerin kadınları tedavi etmesine gelince Mebcut'ta bu hususa şöyle işaret edilmiştir: "Bir kadının, erkeklerin bakması mubah olmayan bir yerinde yara çıksa erkek doktor ona bakmadan bir kadına çibanın nasıl tedavi edileceğini öğretir. Ancak kadın doktor bulamaz, başka bir kadına tedavi şeklini öğretmek de mümkün olmaz ve hasta kadının ölmesi veya dayanamayacağı bir acının meydana gelmesi söz konusu olursa bu yaranın bulunduğu yer dışında kadının örtünmesinde, sonra onu bir erkeğin tedavi etmesinde bir sakınca yoktur. Böyle durumlarda zaruret miktarından fazlası mubah olmaz." Fetava-i Hindiye'de Mebcut'ta yer alan yukarıdaki metin aktarıldıktan sonra buna ilaveten sünnetçinin, ebenin ve ilaç vakti doktorun, avret mahalline bakmalarının caiz olduğu söylenmiştir. Ayrıca kadının kan alması tehlikeli bulunursa yabancı erkeğin kan alabileceği belirtilmiştir.

"Zaruretler memnu olan şeyleri mubah kılar." kaidesinden hareketle hastanın tedavisi avret yerlerine aitse doktorun böyle hastaların avret yerlerini muayene etmesi caizdir sonucuna ulaşılmıştır. Ancak "Zaruretler kendi miktarlarınca takdir edilir." kaidesi gereği doktor sadece muayenenin gerektiği kadar avret yerine bakabilir. Fıkıh bilginlerinin bu ölçü ve ayarlama ile alakalı sözlerinin bir örneğini Suyûtî (ö. 1505/911) şöyle naklediyor: "Yabancı bir kimse bir kadından kan alacak olsa bütünüyle kolun örtülmesi farz olup sadece kan almak için zaruri olan yer açılır." Hatta İslam tarihinde önemli bir yere sahip olan ihtisap müesseseleri muayene yetkisi vereceği doktorlara, hastaların yanına vardıklarında onların mahrem yerlerine gözlerini dikmeyeceklerine dair yemin ettirirdi. Diğer taraftan muayene ve tedavi görevini yerine getirecek, hastanın hem cinsinden bir doktor varsa ancak o doktor muayeneyi gerçekleştirebilir. Örneğin kadın doğum uzmanı bayan doktor varsa erkek doktora muayene olamaz. Böyle bir kadın doktor bulunamazsa veya kadın doktor bulunur da bilgi ve tecrübesi yetersiz olursa erkek tarafından tedavisi, zaruret miktarı bakması ve dokunması caiz olur. Yukarıda anlatılan durumun tersi de söz konusu olabilir. Hasta olan bir erkek öncelikle bir erkek doktora muayene olmalıdır. Ancak erkek doktor yoksa veya tedavi noktasında yetersiz kalırsa kadın doktor bu erkek hastayı muayene edebilir. Ancak erkek doktorun kadınları muayenesinde uyması gereken kurallar kadın doktorun erkek hastayı muayenesi için de aynen geçerlidir.

Mahremiyetin korunmasını emreden Şari Taâlâ ihlal edilmesini de şiddetle yasaklamıştır. İslam hukukunda da mahremiyeti ihlal edenler yaptıkları fiillerden sorumlu tutulmuştur. Doktorun tedavi sürecindeki sorumluluğu, ihlal edilen hakkın çeşidine göre değişir. Kusurlu olduğu ortaya çıkan doktorun müdahalesi, hastanın mal varlığında eksilmeye neden olmuş ise zararı telafi edici tazminat ödemekle yükümlü olur. Hekimin haksız müdahalesi hastanın kişilik haklarını ihlal etmiş ise müeyyide doktorun kusurunun derecesine göre değişir. Kusur ağır ise bir başka ifade ile kasıt unsuru bulunuyorsa hem cezai, hem de hukuki mesuliyet söz konusu olur. Eğer kusur, ihmal ve dikkatsizlik şeklinde ise yalnız hukuki sorumluluktan söz edilir.

Her ne kadar yasal düzenlemeler ile teminat altına alınmış olsa da, özel hayatın ve hastaların mahremiyetlerine saygılı olmak hukuki olduğu kadar dini, ahlaki ve bazen de

toplumsal sorumluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Hatta toplumsal bilinç oluşturmayı da zorunlu hale getirmektedir. Zira teknolojinin de gelişmesiyle Tele Tıp¹⁰⁴, E-Reçete¹⁰⁵ ve hasta kayıtlarının elektronik ortamda tutulması gibi yeni durumlar hasta mahremiyetinin ihlal edilme riskini daha da artırmaktadır. Dolayısıyla bu türden sorunların önüne geçebilmek için yasal düzenlemelerin yanı sıra dini, ahlaki müeyyideler ışığında vicdani ve toplumsal bir bilincin de oluşturulması şarttır.

Özet

İbadetler ilke olarak akıllı ve buluğa ermiş olan mükellefler tarafından bizzat yerine getirilir. Bir fiilin şer'î bir teklife konu olabilmesi için o fiilin mutlaka mükellefin gücü dahilinde bulunması gerekir. Bu nedenle Kur'an'da ve hadislerde dinde zorlaştırmanın bulunmadığı, aksine kolaylaştırmanın esas alındığı, insana gücünün üzerinde bir külfet yüklenmediği vurgulanır. Kişinin bir fiili gerçekleştirebilmesi için organizmasında o fiile ait yetenek ve organın sağlıklı bir şekilde bulunması gerekir.

İbadetlerin eda edilebilme şartları herhangi bir sebeple ortadan kalktığında veya edasında herhangi bir sıkıntı veya engelle karşılaşıldığında kolaylaştırıcı esaslar, alternatif ibadet biçimleri, telafi imkanları veya mazeretten dolayı muafiyetler söz konusu olur. Yolculukta namazların kısaltılması, gusül ve abdest yerine teyemmüm alınması, hasta ve yolcunun ramazan orucunu sonraya bırakması, hayızlı kadından namaz kılma mükellefiyetinin düşmesi sırası ile örnek verilebilir.

¹⁰⁴ Sözlükte uzaktan tıp anlamına gelen tele-tıp, tıbbi bilginin teknolojik imkânlarla uzaktaki bir hastanın yardımına ulaştırılmasıdır. (Gökçe Banu Acar, "Tele-Tıp Uygulamaları ve Hemşireliğe Yansımaları", Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Hemşirelik E Dergisi/ *hdergi.ybu.edu.tr/index.php/e-dergi/article/download/5/pdf_4*, erişim: 29.01.2015).

¹⁰⁵ Sağlık hizmet sunucularının sistemleri üzerinde, hekimler tarafından, Kurumun duyurduğu ve tanımladığı şekilde oluşturulup MEDULA sistemine elektronik ortamda kaydedilerek elektronik reçete numarası verilmiş olan reçeteler e-reçete (elektronik reçete) olarak tanımlanmaktadır. (www.sgk.gov.tr; erişim: 29.01.2015).

DEĞERLENDİRME SORULARI

1. Aşağıdakilerden hangisi İbn Kayyim el-Cevzi'ye göre tedavinin amaçlarından biri değildir?

- A) Mevcut sağlığı korumak
- B) Kaybolan sağlığı imkanlar ölçüsünde geri getirmek
- C) Hastalıkların nedenlerini öğrenmek ve öğretmek
- D) Daha büyük rahatsızlığı gidermek için daha hafif olanına tahammül etmeyi sağlamak
- E) Hastalığı tamamen gidermek veya azaltmak

2. Aşağıdakilerden hangisi hekimin hastanın mahremiyetini koruma yükümlülüğünün meşruiyetinin temelini oluşturur?

- A) Teşhis koyma
- B) uygun tedaviyi seçip uygulama
- C) Özen gösterme
- D) Hastayı aydınlatma
- E) Sadakat ve sır saklama

3. Yatarak namaz kılacak olan kişi başı ile ima ederek namazını kılar. Başı ile dahi ima edemeyecek olan kişi ise namazını tehir eder. Çünkü ima hareketle olur. Hareket ancak başla olur. Gözün sağa sola çevrilmesi hareket olarak sayılmaz. Bu nedenle baş dışındaki ima ile namaz geçerli olmaz.

Yukarıdak, görüşü savunan biri aşağıdaki mezheplerden hangisine mensup olduğu söylenebilir?

- A) Hanefi
- B) Maliki
- C) Şafii
- D) Hanbeli
- E) Caferi

4. Aşağıdaki durumlardan hangisi kişiye özür sahibi olma vasfı kazandırmaz?

- A) Ameliyat yerinde biriken kan ve sıvıları boşaltmak için dren takılan hastalar
- B) Belli bir süreyle sınırlı tedaviler için idrar sondası kullananlar
- C) Devamlı mide bulantısı yaşayıp kusan hastalar
- D) Kontrollü ileostomi uygulanan hastalar
- E) Belli bir süre tedavi maksadıyla kolostomi şeklinde bir yapay anüs uygulamasına tabi

5. “Şâri'nin mükellefin bir özrünü ya da ihtiyacını göz önünde bulundurarak koyduğu, hafifletici ve geçici hükümlerdir.”

Yukarıda tanımı verilen kavram aşağıdakilerden hangisidir?

- A) Azimet
- B) Ruhsat
- C) Kaza
- D) Mendup
- E) İma

ONDÖRDÜNCÜ HAFTA

ÜNİTE XI:

BAZI GÜNCEL MESELELER

- I. GÜNCEL FIKİH PROBLEMLERİNİN ÇÖZÜMÜ
- II. TEDAVİYLE İLGİLİ GÜNCEL MESELELER
- III. HARAMLAR-HELALLERLE İLGİLİ GÜNCEL MESELELER

KONULAR:

- I. Fıkıh Problemlerini Çözümü
- II. Estetik Operasyonlar
- III. İslam Hukuku Bakımından Organ Nakli Etrafındaki Tereddütler
- IV. Kürtaj (Gebeliğe Tıbben Son Verilmesi)
- V. Yapay Döllenme
- VI. Ötanazi
- VII. Gıda Ürünlerinde Helal ve Haramlar
- VIII. Giyinme ve Süslenmede Helal ve Haramlar
- IX. Spor, Sanat, Oyun ve Eğlenceyle İlgili Helaller ve Haramlar
- X. Hayvan Beslemeyle İlgili Helaller ve Haramlar
- XI. Gayrimüslimlerle İlişkilerde Helaller ve Haramlar

AMAÇLAR

1. Tedavi niteliği taşıyan ve taşımayan tıbbi girişimleri ayırt edebilmek
2. Meşru olmayan tıbbi girişimlerin meşru olmama gerekelerini bilmek
3. İnsanın canı ve bedeni üzerindeki tasarruf yetkilerinin sınırlarını farkedebilmek
4. Helal ve haramla ilgili genel prensipleri bilmek
5. Günlük hayatta sıkça karşılaşılan haramları ve bunların haram olma gerekçelerini bilmek

HAZIRLIK SORULARI

1. “Ötanazi, kürtaj ve yapay döllenme” kavramlarının anlamlarını araştırınız.
2. İnsanlar hangi gerekçelerle estetik operasyonlara başvururlar? Araştırınız.
3. Yapay döllenme hangi şartlarda caiz olabilir? Düşüncelerinizi yazınız.
4. Bir şeyin helal veya haram olduğunu tespit edebilmek için nasıl bir yol takip edilmelidir? Araştırınız.

I. GÜNCEL FIKİH PROBLEMLERİNİN ÇÖZÜMÜ

A. Fıkıhta Hükümlerin Değişmesi ve Yeni Hükümler

Fıkıhta maslahata ve örfe binaen konulan hükümler maslahatın ve örfün değişmesiyle değişiklik gösterebilirler. Bu değişim hükmün neshi veya iptali anlamında olmayıp belirli şartlarda uygulanması istenen hükmün o şartlar oluşmadığı için uygulanmaması demektir. Şartlar eski haline döndüğünde önceki hüküm tekrar yürürlüğe girebilir. Fıkıhın değişme ile bağdaşmaz gözüken özellikleri şunlardır: 1. Dinî hükümlerin ilahî nitelikli oluşu, 2. İslâm'ın kemâle ermiş olması. Fıkıhın değişmeye açık olduğunu gösteren özellikleri ise şunlardır: 1. İslâm dininin evrenselliği, 2. Hükümlerin esnekliği.

Fıkıhta özellikle kolaylık ve zaruret prensipleri hükümlerin esnekliğini sağlayan en önemli araçlardandır. Hükümlerde değişimin alanı ve sınırları “taabbûdî hükümler”de ve “ta’lîlî hükümler”de değişir. Tabudî hükümler fıkıhın değişime kapalı alanlarını, ta’lîlî hükümler ise genişletilmeye ve değiştirmeye elverişli alanlarını oluşturmaktadır.

B. Günümüz Fıkıh Problemlerinin Oluşma Sebepleri

Her alanda yaşanan bu hızlı gelişme ve değişim birçok dinî problemi de beraberinde getirmektedir. Günümüzde klasik fıkıh geleneği içinde halledilmiş birçok meselenin yeniden ele alınması zorunlu hale geldiği gibi dinî açıdan çözümlenmesi gereken pek çok yeni konular ve problemler de ortaya çıkmıştır. Bunları belirli bir sayı, tür ve alanla sınırlandırmak da çok zordur. Yeni şartlar ibadet konularında bile bazı meselelerin yeniden ele alınmasını zorunlu kılmıştır. Örneğin ulaşım araçlarındaki gelişme ve yerleşim merkezlerinin büyümesi yolculuk mesafesi, namazların birleştirilmesi, uçakta ve otobüste namaz, mikat yerleri gibi meselelerin yeni şartlar ışığında yeniden ele alınmasını gerektirmiştir.

Benzer şekilde tıp ve gen teknolojisindeki gelişmeler organ, doku ve yumurtalık nakli, beyin ölümü, ötenazi, tüp bebek, taşıyıcı annelik, kürtaj, cinsiyet tercihi, kök hücre ve klonlama, estetik operasyon gibi pek çok konunun fikhî açıdan çözüme kavuşturulmasını gerektirmiştir.

Günümüzün kökten değişen maliye, finans ve ticaret alt yapısı klasik fıkıh geleneğinde ele alınmayan birçok yeni kurum, kavram ve meseleyi fıkıhçıların gündemine taşımıştır. Modern şirket tipleri, bankacılık, yeni para sistemi, kıymetli evrak, faiz, kredi kartı, enflasyon, sigorta, yeni akit türleri bunlara örnek olarak verilebilir.

Tarım toplumundan endüstri toplumuna geçiş, nüfusun çoğalması, köyden kente göç, geleneksel aile hayatı ve sosyal yapının değişmesi fıkıhın da ilgi alanına giren bir dizi ailevî ve sosyal problemi beraberinde getirmiştir.

Günümüzde yeni bir mahiyet kazanan sanat, spor ve eğlence faaliyetlerinin dinî açıdan birçok sakıncalı yönleri bulunmaktadır. Bu problemlerin günümüz anlayış ve şartlarına göre tatmin edici çözümlere kavuşturulması çağdaş İslâm bilginlerini en çok meşgul eden konular

arasındadır. Örneğin, gıda ve gen teknolojisindeki gelişmeler helal gıda sorununu beraberinde getirmiştir.

Günümüzde özellikle gayri müslim toplumlarda yaşayan Müslümanların karşılaştığı dinî meseleleri ele alan yeni bir fıkıh alanının gelişmekte olduğu görülmektedir. Fıkıhın bu alanı *fikhü'l-ekalliyât* isimlerle anılmaktadır.

Siyasi alanda ülke kavramı, cihad, demokrasi, laiklik, siyasal katılım, sivil toplum, insan hakları, kadın hakları, siyasal ve kültürel çoğulculuk gibi kavram ve konular batıda olduğu gibi İslâm dünyasında da en sık tartışılan konular arasında yer almıştır.

C. Güncel Fıkıh Problemlerinin Çözümüyle İlgili Temel Yaklaşımlar

1. Modernist/Tarihselci yaklaşımlar

Köken olarak Batı'ya ait olan bu yaklaşım her şeyin tarihe göre değiştiği ve tarihsel olanın evrensel olamayacağı temel düşüncesine dayanmaktadır. Bu anlayışa göre Kur'an ve Sünnet nasları da belirli tarihî şartların ürünüdürler ve bu bakımdan tarihseldirler. Evrensel ve bağlayıcı olan bunların amaçladığı ahlaki ve toplumsal ilkelerdir. Günümüzde öncelikle belli metotlarla bu ilkelerin neler olduğu tespit edilmeli, sonra da bunlar akıl ve bilimin ışığında güncel dinî meselelere uygulanmalıdır. Bu yaklaşım akıl ve bilimi naslara hâkim kıldığı için çok fazla kabul görmemektedir.

2. Yeni selefîci yaklaşımlar

Bu yaklaşım klasik fıkıh birikimi ve geleneğini büyük ölçüde yok sayan veya reddeden bir anlayışa sahiptir. Aslî kaynaklara dönüş çağrısını dillendiren ve ictihada aşırı vurgu yapan bu yaklaşım, fıkıh üretiminin ilk dönemlere gidilerek oradan yeniden başlatılması fikrini savunmaktadır. Ancak bu düşüncede olanlar her ne kadar ictihada özel bir önem verseler de nasların lafzî (literal) anlamlarına sıkı sıkıya bağlılığı öngörerek onların mana ve maksatlarını ihmal etmektedirler. Bunun sonucu olarak sonradan ortaya çıkan ve nasların literal anlamlarına dahil olmayan pek çok yeniliği bid'at olarak değerlendirmektedirler. Gelenekten kopuk ve gerçeğe irtibatı zayıf olan bu yaklaşım da günümüz fıkıh problemlerini çözmede yeterli bir yaklaşım olarak görülmemektedir.

3. Gelenekselci/Taklitçi yaklaşımlar

Bu yaklaşımların sahipleri, belirli mezheplerin fıkıh eserlerinde yer alan görüş ve açıklamaları çoğunluk itibarıyla evrensel ve değişmez hükümler olarak görürler. Bunların günümüz fıkıh problemleri için de yeterli çözümler sunduğunu, dolayısıyla yeni içtihatlarla çok fazla ihtiyaç olmadığını düşünürler. Bu kişiler yeni içtihat söylemlerine de büyük tepki gösterirler. Günümüzde bu anlayışın taraftarları giderek azalmaktadır.

4. Akademik Yaklaşımlar

Bu yaklaşımlar da klasik fıkıh geleneğindeki yöntem ve görüşlere büyük değer verirler ve günümüz fıkıh problemlerinin çözümünde öncelikle bunlara başvururlar. Ancak kendilerini tek bir mezhebin metot ve görüşleriyle bağımlı saymayıp meseleleri gerektiğinde mezhepler üstü ve delil odaklı bir bakışla mukayeseli olarak ele alırlar. Bu yaklaşımları benimseyenler arasında nasların lafızlarını esas almakla birlikte istihsân, maslahat, makâsîd

(dinin ana gayeleri) gibi kavram ve prensiplere çok fazla gönderme yapanlar bulunduğu gibi güncel problemler karşısında aşırı kolaylaştırıcı bir tavır sergileyenler de bulunmaktadır. Bu yaklaşım günümüzde daha çok akademik çevrelerce benimsenmiş olduğundan buna «akademik yaklaşım» demeyi uygun bulduk.

D. Güncel Fıkıh Problemleriyle İlgili Çözüm Arayışlarında Dikkate Alınması Gereken Esaslar

1. Günümüz fıkıh problemlerine getirilen çözümlerin İslâm bilginlerinin üzerinde icmâ` ettiği ve İslâm ümmetinin başlangıçtan beri aynı şekilde uygulayageldiği temel esas ve hükümlere ters düşmemesi gerekir. Bunlar İslâm dinini sembolize eden ve *zarûrât-ı dîniye* adı verilen kesin emir ve yasaklardır.

2. Bu çözümlerin fitratı, yani Allah'ın koyduğu dengeyi ve yaratılışı bozmaması, insanın onur ve haysiyetini zedelememesi ve temel etik ve ahlakî değerleri ihlal etmemesi gerekir.

3. Güncel dini problemlere ilişkin doğru kararlar verilebilmesi için öncelikle ilgili olay veya meselelerin bütün yönleriyle çok iyi araştırılıp incelenmesi, bu konuda ihtiyaç duyulması halinde konunun uzmanlarından da bilgi alınması gerekir.

4. Bu problemlerin çözümünde her bir meseleyle ilgili özel delillerle birlikte dinin ana gayelerinin de göz önünde tutulması gerekir. İslâm'da bütün dinî düzenlemelerin en temel amacı, insanlar için fayda sağlamak, onlardan zararı savmak ve dünyayı şerlerden temizlemektir. Buna fıkıh diliyle kısaca maslahatların temin edilmesi ve mefsedetlerin giderilmesi denilmektedir.

5. Fıkıhta yerleşik hale gelmiş bazı küllî/genel kurallardan da yararlanılması gerekir.

E. Fıkıh Problemlerinin Çözümüne Yönelik Çalışmalar

Bireysel Çalışmalar

Son dönemlerde günümüz fıkıh problemlerinin çözümüne yönelik çok sayıda çalışma bulunmaktadır. Bunlar arasında genel olarak birçok güncel meseleye ilgili görüş ve fetvaları bulunan bilginlerden bazıları şunlardır: Muhammed Abduh, Reşid Rıza, Mevdûdî, Tâhir İbn Âşûr, Mahmud Şeltût, Mustafa ez-Zerkâ, Yusuf el-Karadâvî, Ramazan el-Bûtî, Hayreddin Karaman, Faruk Beşer, Halil Gönenç.

Kurumsal Çalışmalar

1. Mısır'da Ezher'e bağlı İslâm Araştırmaları Akademisi

1961 yılında kurulmuştur. Farklı İslâm mezheplerini temsil eden elli üyeden oluşmaktadır. Bunların bir kısmı -yirmi üyeyi aşmamak üzere- Mısır dışındadır.

2. Dünya İslâm Birliği Fıkıh Akademisi

1976'da Mekke'de kurulmuştur. Başkan ve vekili dışında yirmi üyesi vardır. 1978-1985 yılları arasında gerçekleştirdiği yedi toplantıda önemli konuları görüşüp karara bağlamıştır. Bunlar Akademi tarafından çıkarılan dergide yayımlanmıştır. Bu toplantılarda ele alınan konulardan bazıları şunlardır: Organ nakli, otopsi, cinsiyet değiştirme, sigorta, nüfus planlaması, ru'yet-i hilâl, Müslüman-gayri Müslim evliliği, Cidde'de ihrama girmek, kutuplara yakın bölgelerde namaz vakitleri, menkul kıymetler ve borsa.

3. İslâm Konferansı Teşkilâtı Fıkıh Akademisi

1983 yılında İslâm Konferansı Teşkilâtı'na bağlı olarak kurulmuştur. Merkezi Suudi Arabistan'ın Cidde şehrinde yer almaktadır. Başlıca kuruluş amacı dünyanın her tarafındaki Akademi'nin çalışmaları aynı kurumun çıkardığı *Mecelletü Mecma 'i'l-Fıkhi'l-İslâmî* dergisinde yayımlanmaktadır.

4. Avrupa Fetva ve Araştırma Kurulu (ECFR)

Avrupa'da yaşayan Müslümanların dinî ihtiyaç ve problemlerine çözüm üretmek üzere kurulmuş merkezi İrlanda'nın Dublin kentinde olan bir kuruldur. Kurul'un ilk açılış toplantısı 1997'de Londra'da yapılmıştır. Başkanlığını Yusuf el-Karadavî'nin yaptığı Kurul'un tüzüğünde asil üyelerin prensip olarak Avrupa havzasında ikamet eden ilim adamlarından seçilmesi, ayrıca gerektiğinde belli koşullarla başka bölgelerden de üye kabul edilmesi öngörülmektedir.

5. Türkiye Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu

Diyanet İşleri Başkanlığı'nın en üst ilim, istişare ve karar organı olan kurul bir başkan ve on beş üyeden oluşur. Kurul bünyesinde çok sayıda uzman da görev yapmaktadır. Kurul yeni ortaya çıkan ve önem arz eden dinî problemleri zaman zaman gündemine almakta ve bunlarla ilgili kararlar üretmektedir. Kurul ayrıca bu meselelerle ilgili kararlarında alt yapı oluşturmak amacıyla kimi zaman Diyanet Teşkilatından ve akademik çevrelerden ilim adamlarıyla ortak istişare toplantıları yapmaktadır. Daha sonra bu toplantılarda alınan yayımlayarak ilim dünyasının istifadesine sunmaktadır.

II. ESTETİK OPERASYONLAR

Hastaya yapılan müdahaleye hukuka uygunluk niteliği kazandıran en belirgin özelliğin müdahaleyi yapan kişinin vasfı ve amacıdır. Bu nedenle ancak doktor tarafından başta tedavi olmak üzere belirli şartlar doğrultusunda gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler hukuka uygun kabul edilir. Hastayı iyileştirme amacı taşımayan bir müdahale doktor tarafından yapılmış olsa bile tıbbi müdahale sayılmaz. Tıbbi müdahale niteliği taşımayan bir müdahale aynı zamanda hukuka aykırıdır. Bu gibi durumlarda doktorun hareketi suç kapsamında değerlendirilir ve neticesinde cezalandırılır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun tartışıldığı tipik örneklerden biri de estetik operasyonlardır.

İslam dini insana özel bir yer vermiş, yaratılış gayesinden sosyal yaşamına, dünya hayatından ölüm ve ötesine, duygu âleminden beden ve ruh sağlığına kadar hayatının her safhasıyla ilgilenmiştir. Kur'an-ı Kerim'de insanın yeryüzünün halifesi olarak¹⁰⁶ en güzel biçimde, ölçülü ve dengeli bir şekilde yaratıldığı¹⁰⁷ çeşitli nimetler, imkânlar ve güzelliklerle donatıldığı¹⁰⁸ bildirilmiştir.

¹⁰⁶ Bakara, 2/30.

¹⁰⁷ Tin, 95/4.

¹⁰⁸ Beled, 90/4, 8-10; Mülk, 67/23; Nahl, 16/8, 12; Hac, 22/65; Lokman, 31/20.

İnsanı en güzel bir şekilde yaratan Yüce Allah, onun makul ve mutedil ölçüler içerisinde süslenmesine, güzel görünmesine ve güzelliklerini korumasına izin vermiştir. Kur'an-ı Kerim'de, iyi ve güzel şeylerin helal, kötü ve çirkin şeylerin ise haram olduğu bildirilmiştir.¹⁰⁹ Bir ayette şöyle buyrulmaktadır: “*De ki: ‘Allah’ın, kulları için yarattığı süsü ve temiz rızık kim haram kıldı?’ De ki: ‘Bunlar, dünya hayatında müminler içindir. Kıyamet gününde ise yalnız onlara özgüdür. İşte bilen bir topluluk için ayetleri, böyle açıklıyoruz.’*”¹¹⁰ Hz. Peygamber, güzel giyinme hakkında kendisine yöneltilen bir soruya “*Allah güzeldir, güzelliği sever.*”¹¹¹ şeklinde cevap vermiş, kendisi de hayatında daima temiz ve düzenli olmuş, sade ve güzel giyinmeyi, güzel koku sürünmeyi teşvik etmiştir.

İslam dini, insanın yaratılıştan var olan güzelliklerini daha belirgin hâle getiren, takı takma, saçları tarama, meşru ölçüde süslenme, güzel giyinme gibi davranışlarını mübah kılmıştır. Ancak, yaratılıştan verilmiş özellik ve şekillerin değiştirilmesini, başkalarını aldatma ve kendini olduğundan farklı göstermeye matuf ameliyeler ise yasaklanmıştır. Bu bağlamda tartışılan konuların başında estetik operasyonlar gelmektedir.

Estetik ameliyatlar ya doğuştan ya da sonradan meydana gelen görünüm bozukluklarını gidermek amacıyla veya daha güzel görünüme kavuşmak için yapılan tıbbi müdahalelerdir. Estetik amaçlı müdahalelerde doğrudan doğruya beden sağlığını koruma amacının bulunmadığı söylenebilir. Zira bunlar, bedeni bir rahatsızlığın ortadan kaldırılmasından ziyade fizikî yapıdaki anormalliğin ruhi yapıda yol açtığı bozuklukları giderme amacına yöneliktirler. Kişi ameliyat sonucunda daha ziyade ruhi bir tatmin ve rahatlama elde eder. Ne var ki beden ve ruh sağlığının bir bütün olduğu düşünülürse estetik amaçlı müdahalelerin de tedavi niteliği taşıdıkları kabul edilebilir.

1. Amaç Bakımından Estetik Operasyonlar

1.1. Güzel Görünmek ve İmaj Değiştirmek Amacıyla Yapılan Estetik Operasyonlar

Estetik operasyonlar iki farklı amaç için yapılmaktadır. Birincisi daha güzel olmak, moda uymak veya imaj değiştirmek için yapılan müdahalelerdir. Bazen karşı cinse benzemek için yapılmaktadır. Bu türden müdahaleler israftır, aldatıcıdır, gerekli değil iken normal yapıyı bozmak ve değiştirmektir. Örneğin İslam'ın ilk dönemlerinde bazı toplumlarda dişlerin seyrek olması makbul ve bir güzellik ögesi sayılırdı. Bu sebeple sık dişler törpülemek suretiyle seyrekleştirilirdi. Doğal olarak koruyucu tabakasını yitiren dişler de zamanla çürüyerek fonksiyonunu yitirecektir. Hz. Peygamber (s.a.v.) hiçbir psikolojik ve fiziki sağlık problem söz konusu olmaksızın sırf güzellik olsun diye dişleri seyreltmeyi hoş görmemiştir. Nitekim derisine dövme yapana ve yaptırana¹¹², yüzündeki kılları yolana ve yoldurana, güzellik için Allah'ın yarattığı hâli değiştirip dişlerini inceltenlere Allah'ın lanet ettiğini bildirmiştir.¹¹³

¹⁰⁹ Mâide, 5/4, 5.

¹¹⁰ A'râf, 7/32.

¹¹¹ Müslim, İman, 41.

¹¹² Buharî, Libâs, 85-87; Müslim, Libâs, 119.

¹¹³ Buharî, Libâs, 83-87; Müslim, Libas, 33.

İslam'da, insanın Allah'ın yarattığı şekli beğenmeyerek doğuştan getirdiği özellik ve şeklinin değiştirilmesi ve bu amaçla yapılacak her türlü estetik ve tıbbi müdahale hoş karşılanmamış; fitratı bozmayı hedef alan müdahaleler olarak kabul edilmiştir. Fitratı bozmayı, yaratılışı değiştirmeyi hedef alan tasarruf ve müdahaleler ise yasaklanmıştır. Bu yasak Kur'an-ı Kerim'de şöyle dile getirilmiştir: "... 'Şüphesiz onlara emredeceğim de Allah'ın yarattığını değiştirecekler.' (dedi). Kim Allah'ı bırakır da şeytani dost edinirse elbette apaçık bir ziyana düşmüştür."¹¹⁴

Her insan için ihtiyarlık kaçınılmaz bir sondur. Ancak Allah (c.c.) her hastalık için bir tedavi şekli yaratmakla birlikte ihtiyarlık için bir tedavi şekli yaratmamıştır.¹¹⁵ Bu nedenle güzellik maksadıyla veya genç gözükme gayretiyle yaptırılan estetik ameliyatlara bu açıdan bakıldığında belirli periyotlarla tekrarlanacağından abesle iştigal olduğu görülecektir ki bu da haramdır. Ayrıca bu tür estetik ameliyatın altında şeytani vesvese, bedene eziyet ve gereksiz yere ağır masraflar olduğundan dolayı da buna helal demek mümkün değildir.

1.2. Tedavi Amacıyla Yapılan Estetik Operasyonlar

İkincisi ise insanlar için normal sayılmayan, yadırganan, sahibini maddi ve manevi sıkıntıya sokan yapıları değiştirmek ve düzeltmek için yapılan müdahalelerdir. Bu türden müdahalelerle vücudun herhangi bir organında, insanı aşağılanmışlık duygusuna iten, toplum içinde küçümsenmesine ve böylece elem ve üzüntü duymasına sebep olan bir anormallik veya fazlalığın giderilmesi amaçlanır. Çoğu beşerî kusurlar yüzünden olan bozuklukların giderilmesi için yapılan ve yaptırılan estetik ameliyatlar bir tedavi şeklidir ve dinen de sakıncalı değildir. Çünkü bu operasyonlarla insanlar, Allah'ın verdiği normal şekle, biçime, asıl ve tabii şekline döndürülmeye çalışılmaktadır. Örneğin; normal bir yüz şekline göre anormal gözükten, farklı bir şekil almış olan burun, kulak, dudak, çene gibi yapıları düzeltmek, bitişik olan parmakları ayırmak, altıncı parmağı aldırma veya herhangi bir uzvun bozulan doğal hâlini düzeltmek maksadıyla yapılan müdahaleler hukuka uygun kabul edilmiştir.

Normal ve tabii olarak kadınların vücutlarında ve yüzlerinde kıl olmaz. Ancak bir hastalık sebebiyle (hormon bozukluğu gibi) kadının yüzünde ve bıyığında erkek sakalı gibi kalın tüylerin bitmesi hâlinde onları yolmak fitratı bozmak değil, aksine bozulan fitratı tedavi etmek olacağından caizdir, hatta İbn Abidin (ö. 1252/1836)'in dediğine bakılırsa müstehaptır. Ama normal ve tabii ölçülerde bir kaşı inceltmek, gözün üst köşesinde kaştan arındırılmış bir yumru oluşturmak hoş karşılanmamıştır. Çünkü bu; iyiyi, normali ve güzeli bozmakta, kötüsü ile değiştirmektedir.

Günümüzde de güzelleştirme amacıyla yapılan operasyonlar, tedavi, koruma ve acı dindirme amacı taşımadığı için tıbbi müdahale sayılamayacağı ileri sürülmüştür. Ayrıca kişisel menfaatin var olabileceği bu tip müdahalelerin, kamu menfaati taşımadığı için

¹¹⁴ Nisa, 4/119.

¹¹⁵ Ebu Davud, Tıb, 1; İbni Mace, Tıb, 1; Tirmizi, Tıb, 2.

müessir fiil oluşturacağı ileri sürülmüştür. Fakat vücuttaki kötü bir görünümün yol açtığı psikolojik sıkıntılardan kurtaracak güzelleştirme amaçlı operasyonların tedavi amacını taşıdıklarını söylemek de mümkündür.

2. Değerlendirme

Fakihlerin yaptığı açıklamalar dikkate alınır, onların vücut üzerinde yapılacak tasarruflarda tedavi kastının, ihtiyaç veya zaruretin bulunmasını esas aldıkları görülür. Tedavi amaçlı olarak yapılan estetik müdahalelere de dinimizde izin verilmiştir. Nitekim Arfece adlı sahabe, altından bir burun yaptırılmasına Hz. Peygamber (s.a.v.) müsaade etmiştir.¹¹⁶ Bu konuda en dikkat çekici örneklerden biri de saç eklemek veya ektirmektir. Zira hadis kaynaklarında, Peygamberimiz (s.a.v.)'in dökülen saçların yerine saç taktırmaya izin vermediğine dair rivayetler vardır. Bir rivayete göre Medineli Müslüman bir kadın (cariye) evlenir, sonra hastalanır ve saçları dökülür. Ailesi, bu kadına saç taktırmak ister ve dinî hükmünü Peygamberimize sorar. Peygamberimiz buna izin vermez ve “Allah saç takana ve taktırana lanet etsin...” der.¹¹⁷ Bir başka rivayette bir kadın Peygamberimize gelir, evlendirmek istediği kızının hastalık sebebiyle saçlarının döküldüğünü, saç taktırmak istediğini söyler. Peygamberimiz yine izin vermez.¹¹⁸ Peygamberimizin saç taktırmayı yasakladığına dair başka rivayetler de vardır.¹¹⁹

İslam âlimleri bu ve benzeri rivayetlerden hareketle saç taktırmanın dinen caiz olmadığı söylemişlerdir. Hz. Peygamberin saç taktırmaya izin vermemesini Maliki ve Zahiriler yaratılışı değiştirmenin kınandığı ayete¹²⁰; Hanefiler mükerrem olan insanın bir cüzünden faydalanmanın yasak olmasına; Şafii ve Hanbeliler ise muhatapları aldatmaya yönelik bir fiil olmasına dayandırmışlardır. Aldatma ve yaratılışı değiştirme amacı taşımayan saç taktırma hadislerde geçen yasak kapsamına girmez. Dolayısıyla saç dökülen bir kimsenin tedavi ile bunu önlemesi veya yeniden saç bitmesini sağlamak için ilaçlar kullanması, saç ektirmesinde dinen bir sakınca görülmemiştir. Ayrıca saçları dökülen bir insanın, bu durumu psikolojik açıdan kendisini rahatsız ediyorsa saç ektirebilir ve takma saç kullanabilir. Öte yandan kaza sonucu burun, kulak, göz gibi organlarını kaybedenler veya vücudunda doğuştan ya da sonradan meydana gelen şekil bozuklukları bulunanların estetik ameliyat yaptırmaları bir tür tedavi olup fitratı bozmak, aldatmak ve kendini olduğundan başka göstermek kapsamında değerlendirilemez.

Hâlbuki günümüzde oldukça yaygın olan estetik cerrahî müdahalelerin önemli bir kısmı; burun, çene, kulak, göğüs, bacak gibi uzuvların daha güzel görünüp, sahibini daha genç göstermeyi sağlama gayesine matuftur. Yaşlanma ile ciltte meydana gelen kırışıklıkların giderilmesi, yüz cildinin gerilmesi; hareketsizliğin, aşırı beslenmenin, hormonal dengesizliğin, ırsiyetin yol açtığı aşırı şişmanlığın giderilip vücut yağlarının ameliyatla

¹¹⁶ Ebu Davud, Hatem, 7; Tirmizî, Libâs, 31.

¹¹⁷ Müslim, Libas, 117; Buharî, Libas, 83.

¹¹⁸ Müslim, Libas, 115.

¹¹⁹ bk. Müslim, Libas, 116–120.

¹²⁰ Nisa, 4/119.

alınması gibi estetik ameliyatlarda, tedaviden ziyade estetik duygusu, insanlar arasında daha genç, dinç ve güzel görünme gayesi hâkimdir. Bu da, hadislerde belli örnekler üzerinde dile getirilen hilkatî değiştirme, Allah'ın yarattığı şekil ve sureti bozma ve değiştirme (tebdil ve tağyir), insanları aldatma yasağı çerçevesine girmektedir. Bu nedenle sadece güzellik maksadıyla yapılan yüz gerdirme, burun kaldırma veya bastırma, göğüsleri küçültme veya büyütme gibi estetik ameliyatlar, dinen yasaklanmıştır.

Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu, 28.11.2002 tarihinde yaptığı toplantıda uzunca bir müzakereden sonra şu sonuca varmıştır.

Estetik ameliyatın;

- a) Salim fitratı bozma kastı olmamak,
- b) Yapılmasında bir yarar veya yapılmamasında mevcut bir zarar bulunmak,
- c) Hile, aldatma veya karşı cinse benzeme kastı bulunmamak,
- d) Hukuki karışıklığa ve yanlış anlamaya yol açmamak,

kaydıyla bir tür tedavi olarak yaptırılmasında sakınca olmadığına karar verilmiştir.¹²¹ Kanaatimizce **a** ve **c** maddelerinde belirtilen gerekçeler insanların iç iradesinin bir ürünü olduğu için objektif birer ölçüt olmaktan uzaktır. **b** maddesinde ise yarar ve zararın sınırlarının belirli olmaması subjektif değerlendirmelere yol açabilmektedir.

Öte yandan girişilen bir cerrahi operasyon mevcut hastalıktan daha fazla zarara sebebiyet vermemelidir. Çünkü “*Zarar misliyle giderilmez.*”¹²² Ancak müdahalenin sebep olacağı zarar mevcut hastalığın sebebinden daha hafifse “*İki mefsetet taarud ettiğinde daha küçük olana katlanılarak büyüğü giderilir.*” kaidesi gereği müdahalede bulunulabilir. Bu bağlamda Diyanetin, yüz naklini, tedavi amaçlı estetik ameliyat olarak kabul edip organ nakli için geçerli olan şartlar doğrultusunda caiz olabileceğine dair görüşünü de tekrar gözden geçirmesi gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü öncelikle müdahalenin yapılmasının galip zanna dayanan bir yararı, yapılmamasının da fiilî ve halen mevcut bir zararı bulunmalıdır. Kaldı ki yapılan araştırmalar yüz nakli olan kimseler nakilden hiç de sanıldığı kadar mutlu değillerdir. Hatta nakilden sonra ciddi psikolojik hastalıklara maruz kalmaktadırlar. Zira başkasından aldığı yüzle yeni bir kimliğe alışma süreci, ömür boyu ilaç kullanma zorunluluğu, kendi aile çevresine alışma süreci ve yüzün alındığı kişinin yakınlarının tepkisi bu sorunlardan sadece birkaç tanesini oluşturmaktır. Nitekim dünyada ilk yüz nakli olan Fransız Isabella Dinoire'nin yıllar sonra yaptığı şu açıklama yukarıda sunulan sıkıntıların bir özeti niteliğindedir: “*Nakilden önce bana benzeyen bir yüz umuyordum; fakat operasyondan sonra yüzümün yarısının bana diğer yarısının da donörüne benzediğini fark ettim. Bir başkasının yüzüne alışmak korkunç bir şey. Yüz nakli çok tuhaf bir nakil. Bir başkasının ağzında gibisiniz. Bu iğrenç.*”

¹²¹ Din İşleri Yüksek Kurulu Kararı, “Estetik Ameliyat”, <http://www2.diyanet.gov.tr/dinileriyuksekkurulu/Sayfalar/EstetikAmeliyat.aspx> (erişim: 01.06.2014).

¹²² Mecelle, m. 25.

Neticede estetik operasyonlara sadece fiziksel bir tedavi gözüyle bakılması yeterli olmadığı kanaatindeyim. Operasyon sonrası durumda dikkate alınmalıdır. Özellikle yüze yönelik operasyonlarda yüzün bir kimlik ifadesi olduğu gözardı edilmemelidir. Nitekim konu, aşağıdaki ayetler de dikkate alınarak yeniden tartışılmalıdır. İlgili ayetlerden bazılarının mealleri şu şekildedir:

“...Sen onları simalarından tanırsın. Çünkü onlar yüzüzlük ederek istemezler. Yaptığınız her hayrı muhakkak Allah bilir.”¹²³

“...Onların nişanları yüzlerindeki secde izidir...”¹²⁴

“Yüzler vardır ki, o gün ıslıl ıslıl parılayacaktır. Yüzler de vardır ki, o gün buruşacaktır.”¹²⁵

Sonuç

Bu çalışmamızdan elde ettiğimiz neticeleri şu şekilde sıralamak mümkündür:

- ✓ İnsan vücuduna yapılan müdahaleler ancak bir tabip tarafından tedavi amacına yönelik yapıldığı sürece meşru kabul edilebilir.
- ✓ Vücut üzerinde tasarrufa, estetik cerrahî ve müdahaleye ancak bir tür tedavi olarak tıbbî ihtiyaç ve zaruret halinde başvurulmalı, bu ölçünün dışına çıkılmamalıdır.
- ✓ Daha kolay ve basit başka bir yol ve usulün bulunmaması gerekir.
- ✓ Gaye aslî hilkatî değiştirmek olmamalı, doğuştan (genetik olarak) taşıdığı özellik ve şekli, yaşın ve tabiatın icabı vâki olan gelişmeleri değiştirme kastı taşımamalıdır.
- ✓ Hile, aldatma ve yanlış anlamaya yol açmamalı, böyle bir amaç taşımamalıdır.
- ✓ Karşı cinse benzeme kastının da bulunmaması gerekir.

Netice itibariyle sadece tedavi amacına ve anormal görünüm bozukluklarını gidermeye yönelik olan estetik ameliyatların hukuka uygun olduğunu söyleyebiliriz.

II. İslam Hukuku Bakımından Organ Nakli Etrafındaki Tereddütler

1. İnsanın Dokunulmazlığı (Mükerrem Oluşu)

İslam dini insanı yüceltmiş, saygıya layık görmüş ve onu birçok hak ve sorumluluk ile donatmıştır. Bunun için insanlar gerek hayatta ve gerekse vefatlarından sonra her türlü saldırıya karşı korunmuşlardır. Yani insan her yönüyle muhteremdir. Bu itibarla ister ölü ister sağ olsun, insandan bir parçanın alınıp atılması, bedelinin harcanması, bunlardan herhangi bir şekilde yararlanılması, insan saygınlığı ve şerefiyle bağdaşmadığı için caiz olmadığı gibi; öç almak, hakaret etmek veya yakınlarına acı çektirmek gibi maksatlarla ölen bir kimsenin cesedinin kesilip parçalanması, kemiklerinin kırılması ve benzeri davranışlar da İslam bilginlerince caiz görülmemiştir.

İnsanın mükerrem olduğu¹²⁶ ve her ne suretle olursa olsun bedenine müdahale edilemeyeceği fikri organ nakillerindeki tartışmanın temelini oluşturur. Çünkü insanın yerini

¹²³ Bakara, 2/273.

¹²⁴ Fetih, 48/29.

¹²⁵ Kıyamet, 75/22, 24; Ayrıca bk. Abese, 80/38, 40; Gâşiye, 88/2, 8.

¹²⁶ İsrâ, 17/70; Tin, 95/4.

doldurabilecek başka bir varlık yoktur. Bu nedenle onun hayatını tehlikeye atacak olan bütün tıbbi müdahalelerden kaçınılmalıdır. Organ naklinde ise hasta birinin tedavisi amacıyla sağlam bir insanın zarar görmesi söz konusudur. Özellikle Peygamberimiz (s.a.v.)’in “Ölünün kemiğini kırmak, canlı iken kırmak gibidir.”¹²⁷ diğer bir rivayette “...Günahta canlısını kırmak gibidir.”, anlamındaki hadisi dikkate alındığında organ nakli konusundaki tartışmalar ayrı bir boyut kazanmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki ölünün kemiğini kırmakla ilgili hadisin manası, ölen kişiye eziyet ve işkence etmek suretiyle intikam alma durumuna veya kabrine yönelik saygısızlıklara mahsustur. Hâlbuki doku ve organ nakillerinde ölüye işkence etme ve ondam intikam alma gibi bir durum söz konusu değildir. Dolayısıyla bu aynen zaruret hâlinde tedavi olmaya benzemektedir. Nitekim günümüzde bazı ameliyatlarda ilgili organın bulunduğu yerin kemiği kırılmakta ancak hiç kimse bunun hukuka aykırı olduğunu söylememektedir. Aynı şekilde ölmüş kişinin organları da nakil cerrahisinde uzmanlaşmış ekipler tarafından ameliyathane ortamında alındığı ve dikiş izleri hariç ceset bütünlüğünde hiçbir bozulma olmadığı sürece hukuka aykırılıktan söz edilemeyecektir.

Burada asıl konuyu teşkil eden organ nakli, insan hayatının bedeli takdir edilemez değeri ile onu sağlıklı bir yapıda devam ettirme duyarlılığı arasında kalan bir sorundur. Organ nakli bir tedavi yöntemi olduğuna göre insan bedenini ve sağlığını koruma yönündeki ısrarlı tavsiyelerin burada da peşinen geçerli olduğu hatırlanmalıdır. Öte yandan insan bedeninin dirisinin ve ölüsünün mükerrem olması bedene dokunulmazlık kazandırmakla birlikte, bir hayatı kurtarma ile ölü bir bedene zarar verme arasında kalındığı zaman, üst hukuki değer olan insan hayatını korumanın tercih edildiği aşikârdır.

İnsanı yaşatma ve hayatı koruma esas olunca bunu temin eden son çare olarak, organ nakli de düşünülecektir. Nitekim bunun tarihsel izlerine ve benzerlerine fıkıh literatürümüzde rastlamak mümkündür. Örneğin İmam Şâfî (ö. 204/819) ve Ahmed b. Hanbel (ö. 241/855) sökülmüş dişin yerine, eti yenen boğazlanmış bir hayvanın dişinin, bu da bulunamazsa başka insana ait bir dişin yerleştirilmesinin caiz olduğunu söylemiştir.

Kişinin dokunulmazlığı mutlak ve sınırsız değildir. Gerek hayat hakkını ve gerekse diğer dokunulmazlıkları sınırlayan, hatta ortadan kaldıran durumlar vardır. Örneğin, insanın kendisini tehlikeye atması caiz değildir.¹²⁸ Ancak gerektiğinde canı pahasına düşmanla savaşması yalnızca caiz değil, farzdır.¹²⁹ İşte bunun gibi cesedin dokunulmazlığı da mutlak değildir. Faydasız ve gereksiz olma durumuna bağlıdır. Faydalı, gerekli ve zaruri olduğunda cesede dokunmak, otopsi yapmak, bazı organ ve dokuları alarak yaşayan insanların acılarını dindirmek, sağlığa kavuşmalarını sağlamak caizdir. Bunları haram kılan bir ayet veya hadis mevcut değildir. Tam aksine bu filleri, insanları ilme ve araştırmaya, iyiliğe ve

¹²⁷ Malik b. Enes, *Muvatta*, Cenâiz, 45; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, VI, 58, 100, 105, 169, 200, 264; İbn Mâce, *Cenâiz*, 63; Ebu Davud, *Cenâiz*, 45, 60.

¹²⁸ “...Kendi ellerinizle kendinizi tehlikeye atmayın...” Bakara, 2/195..

¹²⁹ bk. Bakara, 2/191; Nisâ, 4/95.

yardımlaşmaya teşvik eden ayet ve hadisler kapsamında değerlendirmek mümkündür. Diğer taraftan ölüden alınan doku veya organlarla canlı bir insanın maruz kaldığı zarar ortadan kaldırılmaktadır. Canlıdaki zararın giderilmesi ölüye olan hürmetten daha önemlidir. Kaldı ki zaruretlerin yasakları kaldırması prensibi de ayete dayanmaktadır.¹³⁰

2. İnsan Bedeninin Allah'ın Emaneti Olduğu Anlayışı

İslam hukukunda bu konuyla ilgili iki farklı yaklaşım ortaya konulmuştur. Birincisi, insan bedeni, kişiye ait mülk olmadığı için bedenindeki herhangi bir parçayı bir başkasına vermesine dair rızasının hukuken hiçbir geçerliliğinin bulunmaması yönündeki yaklaşımdır. Bu yaklaşım, öncelikle kişinin öldükten sonra organlarını bağışlamaya dair rızasını geçersiz kılmaktadır. Çünkü kişinin bedeni üzerinde tasarruf hakkının bulunmamasından hareket eden fakihler, ölümden sonra organ bağışlamaya dair vasiyetin geçerli olmadığı görüşündedir.

İkincisi, insanın bedeninin Allah'ın mülkü olmasından hareketle, rızasına dayalı olarak organ bağışına cevaz veren yaklaşımdır. Bu yaklaşıma göre normal şartlarda bir kişinin organını, kestirip atması ve/veya başka birinin organının yerine takılması için bağışlaması gibi tasarruflar caiz değildir. Çünkü böyle bir işlem kişinin sahip olmadığı bir mal üzerinde tasarruf etmesi gibidir ki bu da hukuka aykırıdır. Ancak insan bedeninin kişiye emanet olması, hukuk dili ile vedia şeklinde tanımlanabilmektedir. Vediada emanetin kiraya verilmesi, emanet sahibinin iznine tabidir. Emanetin sahibi olan Şâri, en üst maslahat olarak insan hayatını korumayı hedeflediğine göre, insanın organlarının başkasının hayatını korumak adına verilmesine de izin vereceği sonucu çıkmaktadır.

Allah (c.c.) “...Kendinizi öldürmeyin...”¹³¹ ve “...Kendi ellerinizle kendinizi tehlikeye atmayın...”¹³² buyurarak emaneti koruma görevini insan vermiştir. İnsanın beden sağlığını korumak gayesiyle tedavinin bir parçası olarak uygulanan organ nakli, emaneti zayi değil korumaya matuf bir ameliyedir. Organını bağışlayan ise “...Her kim bir canı kurtarırsa bütün insanları kurtarmış gibi olur...”¹³³ ayetinde ifade edilen başkasının hayatını kurtarma iyiliğini işleyerek emanetin korunmasına katkıda bulunmuştur. Ayrıca bu ayet “...İyilik ve takvada yardımlaşın...”¹³⁴ tavsiyesi ile birlikte düşünüldüğünde bir hayat kurtarma operasyonu olması itibariyle, organ nakli ve bağışını da içine aldığı söylenebilir.

3. Allah'ın Yarattıklarını Değiştirme

İnsanın en önemli sorumluluklarından biri, Allah'ın yarattığı şekilde kendisini yani fitratını korumaktır. İslam'da, insanın doğuştan getirdiği özellik ve şeklinin değiştirilmesi ve bu amaçla yapılacak her türlü tıbbi müdahale hoş karşılanmamış; fitratı bozmayı hedef alan müdahaleler olarak kabul edilmiştir. Fitratı bozmayı, yaratılışı değiştirmeyi hedef alan tasarruf ve müdahaleler ise yasaklanmıştır. Bu yasak Kur'an-ı Kerim'de şöyle dile

¹³⁰ bk. Bakara, 2/173.

¹³¹ Nisâ, 4/29.

¹³² Bakara, 2/195.

¹³³ Mâide, 5/32.

¹³⁴ Mâide, 5/2.

getirilmiştir: “... ‘Şüphesiz onlara emredeceğim de Allah'ın yarattığını değiştirecekler.’ (dedi). Kim Allah'ı bırakır da şeytani dost edinirse elbette apaçık bir ziyana düşmüştür.”¹³⁵ Organ nakli ve bağışına bu noktadan da değerlendirilmesi gerekir. Zira insan bedenini keserek beden bir parçasını bedenden uzaklaştırmak, Allah'ın fitratını değiştirmek olarak görülebilir.

Tedavi amaçlı olarak vücuda yapılan eklemelere dinimizde izin verilmiştir. Nitekim Arfece adlı sahabiye, altından bir burun yaptırılmasına Hz. Peygamber (s.a.v.) müsaade etmiştir.¹³⁶ Tedavinin bir parçası olan organ nakilleri de nakledilen kişi açısından bu bağlamda düşünülebilir.

4. Beyin Ölümü

Ölüden organ ve doku alınabilmesi için öncelikle vericinin ölmüş olması gerekir. Bu nedenle öncelikle ölümün ne olduğu belirlenmeli ve böylece ortaya konacak kriterlere göre bir kişinin ölü olup olmadığı saptanmalıdır.

Ölümün ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı konusunda da tıbbi açıdan iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Bunlardan ilki “biyolojik ölüm” dıgeriyse “beyinsel ölüm”dür. Biyolojik ölüm; kişiye canlılık veren dolaşım, solunum, sinir sistemi gibi ana hayat fonksiyonlarının, kendiliğinden çalışabilme yeteneklerinin durması ve tekrar bu niteliğın kazandırılmaması durumunda olmasıdır. Bu görüşe göre kişinin kalbi durmadıkça beyin merkezleri ne kadar hasar görmüş olursa olsun, ölmüş sayılamaz. Dolayısıyla da ondan organ ve doku alınması söz konusu değildir.

Beyinsel ölüm ise insana insan olma özelliğini veren en önemli organ olan beynin, vücuda yönetme olanak ve yeteneğini tamamen ve geri dönüşü olmayacak şekilde kaybetmesidir. Bu andan itibaren kişi ölmüş sayılacaktır. Türkiye’de hâlen yürürlükte olan mevzuata göre beyin ölümünün saptanması 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun’un 11. maddesinde şöyle ifade edilmiştir: “Bu kanunun uygulaması ile ilgili olarak tıbbi ölüm hâli, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulamak suretiyle, biri kardiolog, biri nörolog, biri nöroşirürjiyen ve biri de anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan 4 kişilik hekimler kurulunca oy birliği ile saptanır.”

Ölümün tespiti ve bu konuda geç kalınmamış olması, alıcının hayatının kurtulması ya da sağlıklı bir şekilde devam etmesi bakımından çok önemlidir. Çünkü organ ve dokusu alınacak kişi ölmüş olsa da alınacak parçalarının canlılığını koruması gerekmektedir. Dolayısıyla ölüm gerçekleşti denilen bir anda yapay bir şekilde yaşatılan sujeden, organ ve dokunun alınarak derhâl ilgiliye aktarılması gerekmektedir. Bu nedenle ölümün saptanması çok önemlidir.

Organ nakli için verici olarak kullanılacak olan insan bedeni, tüm tedavi imkânları kullanıldıktan sonra bile yaşaması mümkün olmayan, beyin ölümü gerçekleşmiş olan,

¹³⁵ Nisa, 4/119.

¹³⁶ Ebu Davud, Hatem, 7; Tirmizî, Libâs, 31.

solunumu makine desteğiyle sağlanan, ancak kalbi atıyor olan/olabilen ve donör olarak değerlendirilmesi halinde birçok hastaya yeniden sağlık sunabilecek büyük bir potansiyeldir. Bu büyük potansiyelin değerlendirilebilmesi, toplumumuzda çeşitli dini inançlara mensup bireylerin bilgilendirilmesi ile mümkündür. Bu nedenle inanç konusunda geçerli açıklama yapma yetkisine sahip kişi veya kurumlardan tatmin edici açıklamaların yapılması önem arz etmektedir. Bu sayede beyin ölümü gerçekleşmiş birey yakınlarının inançları sebebiyle organ nakline karşı çıkmaları engellenmiş, iç huzuruyla sisteme katılımları sağlanmış olacaktır. Aksi takdirde yetkili-yetkisiz yapılan yorumlar, halkımızın bazı kesimlerinde sorun yaratmaktadır.

Bazı çevreler, beyin ölümü olsa bile, kalp ve akciğer makine yaşam destek ünitesiyle çalışıyor ya da kalp kendiliğinden de çalışıyor olduğundan ruhun vücudu terk etmemiş olduğunu, bu şekilde kalbin atarken çıkartılmasının cinayet sayılacağını söylemektedir. Bazı kimseler ise kalbin ve akciğerin ruh çıksa dahi makine ile çalıştırılabileceğini, bu durumun suni yoldan cesede müdahaleden başka bir şey olmadığını, ruh en son baştan çıktığından, beyin fonksiyonları tamamen ölmüşse, ruhun da vücudu terk ettiğini söyleyerek bunun caiz olduğunu savunmaktadır.

Ülkemizde organ bekleyen insanların dertlerini çözmek ve bağış yapmak isteyen, ama gönlündeki “acaba”lar nedeniyle organlarını bağışlamaktan çekinen vatandaşlarımızı aydınlatarak, bağış sayısını arttırmak ve istenilen kadavra donör oranlarına ulaşabilmek için, inançtan kaynaklanan bu türden soruların net bir şekilde cevaplanması gerekmektedir.

5. Ahiret İnancı Bakımından Organ Nakli

Organ nakli ve bağışı konusunda en çok tereddüt edilen konular arasında cismani haşır inancı, organların sorumluluğu ve kıyamet günü şahitliği meseleleri yer almaktadır. İslam bilginlerinin ve kelimcilerin çoğunluğu, ahirette haşrin cismani olacağı, insanın ruh ve bedeniyle birlikte diriltilip böylece haşrolacağı, hesaba çekileceği, ceza veya mükâfata muhatap olacağı görüşündedir. Zira Allah (c.c.) “*İnsan, kendisinin kemiklerini bir araya toplayamayacağımızı mı sanır? Evet, bizim, onun parmak uçlarını bile aynen eski haline getirmeye gücümüz yeter.*”¹³⁷ buyurarak bu duruma dikkat çekmiştir.

Ahirette haşrin cismani (bedeni) olacağı inancının, organ naklinin tereddütlerle karşılanmasında kısmen de olsa etkisi vardır. Ancak konu yakından incelendiğinde organ naklinin cismani haşır inancını zedeleyen bir yönü bulunmadığı, nakledilecek organın tekrar asıl sahibine döneceği ifade edilebilir. Nitekim organların toprakta çürümesi, yanıp kül olması, hayvanlar tarafından parçalanıp yenmesi de onun tekrar asıl sahibinde haşrolunmasına engel değildir. Zira Kur’an-ı Kerim’de, ahirette insanın bütün organlarının en ince ayrıntısına kadar toplanacağı belirtilmektedir.¹³⁸ Bu ve benzeri delillerden yola çıkan

¹³⁷ Kıyame, 75/3-4; Ayrıca bk. Tâhâ, 20/55; Hac, 22/5-7.

¹³⁸ bk. Yâsin, 36/78-79.

İslam bilginleri de herkesin asli parçalarının kendisiyle haşrolacağı görüşündedirler. Dolayısıyla organ nakledilenin yapacağı iyilik ve kötülüklerden tamamen kendisi sorumlu olacaktır. Çünkü herkes yaptıklarından mes'ul olacaktır.¹³⁹ Ölen kimsenin ise bunda sorumluluğu yoktur. Çünkü sorumlulukta aslolan iradedir. Sorumlusu da organları kullanan şahıstır. Nitekim emanet olarak verilen bir şeyle birisine zarar verilirse, bundan asıl mal sahibi değil, onunla zarar veren kimse sorumlu olur.

Kıyamet gününde organların şahitliği meselesine gelince, bu husustaki ayetler, organların ahirette lisan-ı hâl ile konuşacağı şeklinde anlaşılabilceği gibi Allah'ın huzurunda insanın hiçbir mazeret ileri sürme ve yalan beyanda bulunma imkânının olmayacağı, her şeyin apaçık ortada olacağı anlamında da yorumlanabilir. Bu konudaki ayetler¹⁴⁰ gerçek anlamında alınsa bile, yine organ nakline engel bir delil teşkil etmez. Çünkü her şey Allah'ın bilgisi dâhilindedir ve organlar her bir bedende buldukları süre içinde olup bitene şahitlik edebilirler.

Konuya genel olarak dini sorumluluk esasları açısından bakıldığında ise öncelikle şunu belirtmek gerekir ki duygu, düşünce, akıl, inanç gibi manevi özellikler, organların biyolojik yapısına bağlı olmadığından, organ nakliyle kişilik transferi olmamaktadır. Diğer taraftan İslam dini, cinsi, milliyeti, rengi, dini, konumu ne olursa olsun her insana, insan olarak bakmış ve eşit bir yaşama hakkı tanınmıştır. Şu hâlde, organ veren kimsenin veya organ verilen şahsın, fâsık yahut gayrimüslim olması gibi şahsî durumlarından ötürü diğer tarafın dinen sorumlu olabileceğinin ileri sürülmesi de doğru olmaz.

6. Organ Ticareti

Organ nakliyle ilgili tartışılan bir diğer konu da organ bağışdır. Çünkü organ nakli, organ bağışının neticesidir. Ancak insandan insana nakiller için yapılan bağışlar, cinayet, organ ticareti, kişisel çıkarlar ve adam kayırma gibi sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu türden sorunların ülkemizde ve dünyada yaşanmış pek çok örneklerine rastlamak mümkündür. Öyle ki okuduğumuz veya duyduğumuz her insan kaybolması/kaçırılması vakalarında ilk akla gelen organ ticareti şüphesidir. Bu yönüyle organ ve doku nakli "Sedd-i zerâî" prensibi açısından da tartışmalara neden olmuştur.

İnsana önem veren ve onu yücelten İslam, insanın; hatta organlarının mal gibi alınıp satılmasını kabul etmemekte ve buna engel olmaktadır. Allah Resulü (s.a.v.) bu şekilde davrananlara, insan ticareti yapanlara karşı, Allah'ın kıyamette bizzat davacı olup bunların en büyük hasmı olacağını bir kudsi hadislerinde şöyle ifade etmişlerdir: "*Aziz ve Celil olan Allah buyurdu: Üç sınıf vardır ki kıyamet gününde ben bunların hasmıyım, davacıyıyım. Bir*

¹³⁹ İsra, 17/36.

¹⁴⁰ bk. "O gün dilleri, elleri ve ayakları, yapmış olduklarından dolayı aleyhlerinde şahitlik edecektir." Nûr,24/24; "Nihayet oraya geldikleri zaman kulakları, gözleri ve derileri, işledikleri şeye karşı onların aleyhine şahitlik edecektir. Derilerine: Niçin aleyhimize şahitlik ettiniz? derler. Onlar da: Her şeyi konuşuran Allah, bizi de konuştu. İlk defa sizi o yaratmıştır. Yine ona döndürülüyorsunuz, derler. Siz ne kulaklarınızın ne gözlerinizin ne de derilerinizin aleyhinize şahitlik etmesinden sakınmıyordunuz, yaptıklarınızdan çoğunu Allah'ın bilmeyeceğini sanıyordunuz." Fussilet, 41/20-22.

kimse ki benim adıma yemin eder de sonra ahdini (yemini) bozar. Yine bir kimse ki hür (bir insanı) bile bile köle diye satar da onun parasını yer. Yine bir kimse ki bir işçi tutar, onu çalıştırır da ücretini vermez."¹⁴¹ Bu kudsî hadise göre, Allah'ın bir kimse hakkında davacı olması, o kimsenin yaptığı işin çok kötü bir fiil olduğu ve cezasının da çok şiddetli olacağı anlamına gelir. İnsanın muhterem olduğunu ifade eden benzer hukukî ifadeleri fıkıh kaynaklarımızda da bulmak mümkündür. Sözelimi, İbn Abidin (1252/1836)'in şu cümleleri bu konuya ışık tutar: "Kâfir de olsa, insanoğlu muhteremdir; dokunulmazlığı vardır. Onu köle gibi satmak; değersiz bir meta kabul etmek ve cansız varlıklar yerine koymak; onu hor ve hakir görmek, değersiz bir şey olduğunu kabul etmektir ki bu davranış din ve hukuk açısından asla caiz değildir. Hatta insanın bir parçasını, satmak da aynı hükme dâhildir."

Hâlen yürürlükte olan kanunlarda "Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır." ve "Bilimsel istatistikî ve haber niteliğindeki bilgi dağıtım hâlleri istisna olmak üzere organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklam yasaktır." denilmek suretiyle doku ve organ nakillerinin kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi hedeflenmiştir.

7. Nakledilebilecek Organlara Getirilen Kısıtlamalar

Donör (Verici) Bakımından

Yaşayan bir insanın, hayatını tehlikeye atacak ve kişinin yaşaması kendisine bağlı bir organın nakli hiçbir zaman caiz olmayacağı hususunda İslam hukukçularının ittifakı vardır. Çünkü bu, hasta birini kurtarmak için sağlam olan bir başkasını öldürmek demektir. Türk hukukunda da "Vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması yasaktır." şeklinde bir düzenleme yer almaktadır.

İslam hukukçularının kahir ekseriyeti ise belirli şartlar muvacehesinde canlı insandan hayati olmayan doku ve organların naklinin hukuka uygun olduğunu kabul etmektedirler. Bu hukukçulara göre hayati olmayan organ ve dokuların naklinde *zaruret* vardır. Ancak alınan doku veya organın vericiye önemli bir zararı olmayacağına veya ölümüne sebebiyet vermeyeceğine uzman doktorun kesin ifadelerle karar vermesi gerekir. Örneğin tıbbî açıdan bir sakınca olmadığı ve veren kimseye zararı olmayacağı uzman doktorlarca tespit edilirse bu görüşte olanlara göre iki böbrekten biri verilebilir.

Nakiller tedavi olma zorunluğu açısından ele alındığında insanın faydasına dönük nakiller caiz görülebilir. Hatta kalp, karaciğer, akciğer gibi kısa zamanda yapılmazsa hastanın ölüm ile karşı karşıya gelebileceği nakillerin zaruret arz ettiği söylenebilir. Fakat ülkemizde gerçekleşmesiyle birlikte tartışılmaya başlanan kol, bacak, yüz ve rahim nakilleri ise yapılmadığı takdirde kişinin yaşam sürecine etki etmeyecek nakillerdir. Buna rağmen diyanet, yüz naklini, tedavi amaçlı estetik ameliyat olarak kabul etmek suretiyle organ nakli için geçerli olan şartların yüz nakli içinde geçerli olduğunu beyan ederek cevazı yönünde görüş beyan etmiştir. Zira bu görüşe göre yüz, başın bir cüzü olması yönü ile organ olarak

¹⁴¹ Buharî, Büyü, 106, İcâre, 10.

da kabul edilebilir. Bu durumda hastanın tedavisi için yüz nakli dışında bir alternatif yoksa ve yüzü nakledilecek kişinin ölmeden önce aksine bir beyanı bulunmuyorsa, yakınlarının rızası ile yüzü alınabilir.

Rahim ve diğer üreme organlarının nakli ise üremenin bir aracı olduğu için normal nakil gibi düşünülmemelidir. Bu nedenle rahim ve üreme organlarının nakline tedavideki zorunluluk açısından yaklaşılmamalıdır. Çünkü üreme organlarının nakli, neslin korunmasını da ilgilendirdiğinden, organ nakli gibi görülmemektedir. Zira üreme organları genetik özellikler taşımaktadır. Bir başkasına verildikten sonra da aynı genetik özellikleri taşımaya devam eder. Bu itibarla başkasının rahminin nakli ve bu yeni rahimle hamile kalmak caiz değildir. Öte yandan rahim ve diğer üreme organlarının nakli, gelecek nesilleri de ilgilendirdiği için etik, hukuk ve din açısından pek çok problemi bünyesinde barındırmaktadır.

Uluslararası İslam Fıkıh Akademisinin insana ait genital organların aktarılmasında hukuka uygunluk ölçütü olarak sadece, bu organlar ile birlikte genetik bilgilerin aktarılıp aktarılmadığını dikkate aldığı görülmektedir. Buna göre yumurta ve sperm nakli, genetik bilgileri aktardığı için hukuka aykırı kabul edilmiş; ancak rahim nakli için kesin bir karara varılmamıştır.¹⁴² Kanaatimizce bu konuda sadece genetik bilgilerin aktarılmasının dikkate alınması yeterli değildir. Bunun yanı sıra nakilden sonra hukuki, etik ve dini açıdan yaşanabilecek problemler de dikkate alınmalıdır.

8. Hayvandan İnsana Organ ve Doku Nakli

Organ ve doku nakillerinde hayvanlardan da faydalanılabileceğinden hareketle konu İslam hukukçuları arasında tartışılmaktadır. Tedavi maksadıyla özellikle eti yenen hayvanların kullanılmasında herhangi bir mahzur görülmemekle birlikte sadece domuzun kullanılmasına izin verilmemiştir. Çünkü domuz bizzat necis kabul edilmektedir. Serahsî domuz kemiğini tedavide kullanmanın mekruh olduğunu söylemiştir. Ancak hastalığın başka türlü tedavi imkânı olmadığı uzman doktorlar tarafından belirtilmiş ve zaruri bir durum söz konusu ise (tartışılmakla birlikte) zaruret sebebiyle domuzdan insana nakil yapılabileceği kabul edilmiştir. Çünkü *“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. Şüpheli yok ki Allah çokça bağışlayan çokça merhamet edendir.”*¹⁴³ ayetiyle hayati bir tehlike söz konusu olduğunda yasaklanan şeylerin zaruret miktarınca yenilmesine izin verilmiştir. Buna dayanarak zaruret halinde eti haram olan hayvanlardan tedavide de faydalanılabileceği söylenebilir. Nitekim son dönem İslam hukukçularından Halil Muhyiddin el-Meys de özellikle eti yenen ve şer’i usullere uygun kesilmiş hayvandan, zaruret hâlinde ise diğer

¹⁴² el-Bâr, a.g.e., s. 256-257.

¹⁴³ Bakara, 2/173.

hayvanlardan organ alınarak zorda kalmış bir insana nakledilebileceğini söyleyerek zımnen domuzdan da naklin yapılabileceğini kabul etmektedir. Fıkıh Akademisi el-Meys'in bu görüşünü canlı vericide aranan şartların bulunması kaydıyla karara bağlamıştır.

Sonuç

Kitap ve sünnetin ortaya koyduğu temel prensiplerle müçtehitler tarafından bunlara dayanılarak çıkarılan genel hükümler ve kaideler, tedavinin bir parçası olan organ naklinin caiz olduğunu göstermektedir. Organ bağışını dolayısıyla buna bağlı olarak organ naklini doğrudan engelleyici olumsuz bir durum da söz konusu değildir. Çünkü canın korunması İslam dininin gerçekleştirmeyi gaye edindiği temel hedeflerin başında gelir. Ancak tam ve istenilen düzeyde hukuka uygun bir şekilde naklin gerçekleştirilmesi için şu hususlar dikkate alınmalıdır:

* Hastanın hayatını veya hayatî bir uzvunu kurtarmak için nakilden başka çaresi olmadığı, meslekî ehliyet ve dürüstlüğüne güvenilen tabip/tabipler tarafından tespit edilmelidir.

* Hastalığın bu yoldan tedavi edilebileceğine tabibin zann-ı galibinin bulunması gerekir.

* Hem donör hem de nakledilen kişi üzerinde yapılan organ ve doku nakilleri uygulamalarında insanın saygınlığını zedeleyici tutum ve davranışlardan sakınılmalıdır.

* Organ veya dokusu alınacak kişinin sağlığında buna izin vermiş olması veya hayatta iken aksine bir beyanı olmamak şartıyla, yakınlarının gerekli aydınlatmadan sonra rızasının sağlanması gerekir.

* Ölüden nakillerde beyin ölümünün gerçekleştiğine varisler ilmi usullerle ikna edilmelidir.

* İnsanların dini inanç ve kültürel hassasiyetleri dikkate alınmalıdır.

* Ticari hiçbir gaye gözetilmeksizin hakkaniyet kuralları çerçevesinde gerçekleştirilmelidir.

* Yaşanabilecek dini, hukuki ve etik problemler göz önünde bulundurulduğunda üreme organlarının naklinin doğru olmadığı açık bir gerçektir.

Belki seküler yapının hâkim olduğu toplumlarda bireyin kendi vicdani tercihleri önemli olduğu için, tıbbi uygulamalarda özerklik ilkesinden hareketle bu kısıtlamalar söz konusu olmayabilir. Ancak dini geleneklerinden kopmayan toplumlar, etik ikilemlere dini inanışları doğrultusunda çözüm ürettikleri unutulmamalıdır.

II. Kürtaj (Gebeliğe Tıbben Son Verilmesi)

Kürtaj, ana rahminde bulunan ceninin müdahaleyle alınarak gebeliğin sonlandırılmasıdır. “Gebeliğin sonlandırılması”, “çocuk düşürme”, “çocuk aldırma” gibi ifadelerde kürtaj yerine kullanılmaktadır. Klasik fıkıh kitaplarında *iskat-ı cenin*, çağdaş İslam hukuku kaynaklarında ise *ichâd* tabirleriyle ifade edilmektedir.

Döllenme gerçekleştikten sonra rahimde oluşan ceninin dış etki ve müdahale ile düşürülmesi, çok eski dönemlerden beri dinin, ahlâk ve hukukun tasvip etmediği ve

önlemeye çalıştığı bir davranış olmakla birlikte çeşitli toplumlarda sık sık karşılaşılan bir olgu olma niteliğini de hiçbir zaman yitirmemiştir.

İnsan hayatının korunması, dinin, malın, neslin ve aklın korunması gibi İslam dininin gerçekleştirmeyi hedeflediği diğer temel gayelerin başında gelir. İnsanın saygın, dokunulmaz ve en şerefli varlık olduğu da İslam'ın ısrarla üzerinde durduğu ana fikirlerden biridir. İnsanın yaşama hakkı, erkek spermi ile kadın yumurtasının birleştiği ve döllenmenin başladığı andan itibaren Allah tarafından verilmiş temel bir hak olup artık bu safhadan itibaren anne baba da dâhil hiçbir kimsenin bu hakka müdahale etmesine izin verilmemiştir. Çünkü cenin yaşama hakkını anne babasından değil, doğrudan yaratandan alır. Anne babanın başlangıçta çocuk sahibi olup olmamakta iradeleri ve seçme hakları varsa da, gebeliği önleyici tedbir ve yöntemleri kullanmalarına dinen izin verilmişse de artık gebelik teşekkül ettikten sonra doğacak çocuğun hayatına son verme hakları yoktur. Bu nedenle başta hayat hakkı olmak üzere insanların bütün şahsiyet hakları bizzat Şari' tarafından kesin ifadelerle koruma altına alınmıştır. Dolayısıyla bu haklara yönelik işlenecek haksız fiiller başta Allah'ın emrine muhalefet olacağından hukuka aykırıdır.

Kur'an'da çocuk düşürmeyle ilgili özel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak ayetlerde yer alan genel prensipler anne karnındaki ceninin dinen meşru sayılan haklı bir gerekçe olmadan düşürülmesine ve gebeliğe son verilmesine müsaade etmez. **وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكَمْ وَصَاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ** “...Fakirlik korkusuyla çocuklarınızı öldürmeyin. Sizin de onların da rızkını biz veririz. Kötülüklerin açığına da gizlisine de yaklaşmayın ve Allah'ın yasakladığı cana haksız yere kıymayın! İşte bunlar Allah'ın size emrettikleridir. Umulur ki düşünüp anlarsınız.”¹⁴⁴ ayetinin dolaylı ifadesi, rızık, kader ve tevekkülle ilgili dinî telkin ve emirler bir anlamda anne karnındaki çocuğun hayat hakkını güvence altına almaya matuf emir ve tedbirlerdir. Her ne kadar bu ayetler klasik tefsirlerde bir cahiliye âdeti olan “kız çocuklarının diri diri toprağa gömülmesi” olarak yorumlansa da bu yasağın kürtaşı da içerdiğini söyleyebiliriz. Nitekim son çağda yazılan tefsirlerde bu husus şöyle dile getirilmiştir:

“Yoksulluktan dolayı çocuklarınızı da öldürmeyiniz. Bu da haramdır. Ana babaya iyilik etmek evladın görevi olduğu gibi, evladın hayat hakkına tecavüz etmemek, korumak da ana babanın görevidir. İsrâ suresinde ise ‘**Çocuklarınızı yoksulluk korkusuyla öldürmeyiniz.**’ buyrulur fakir değilken, fakir olmak korkusu ile öldürmenin de haram olacağına işaret edilmiştir. ‘**Bilgisizlikleri yüzünden beyinsizce çocuklarını öldürenler ve Allah'ın kendilerine verdiği rızkı, Allah'a iftira ederek (kadınlara) haram kılanlar, muhakkak ki ziyana uğramışlardır. Onlar gerçekten sapmışlardır ve doğru yolu bulacak da değillerdir.**’¹⁴⁵ ayetinden de anlaşıldığı üzere Arap müşrikleri, kız çocuklarını diri diri

¹⁴⁴ En‘âm, 6/151; Ayrıca bk. İsrâ, 17/31.

¹⁴⁵ En‘âm, 6/140.

toprağa gömüyorlardı. Bunu bazıları cahiliye gayretiyle, bazıları da yoksulluk nedeniyle veya korkusuyla yapıyorlardı ve gerçekte asıl sebep bu korkuydu. Bu düşüncelerinden dolayı şeytan onlara çocuk öldürmeyi hoş gösteriyordu. Gerçekte evlada karşı meydana gelen bu cinayete çoğunlukla etken olan en önemli sebep, beslemek endişesidir. Bunun karşısında diğer sebepler sözünü etmeyecek kadar hükümsüzdür, azdır. Şu halde bilhassa bu sebebin reddiyle diğer zayıf sebepler ve vehimlerin reddedilmiş olacağında şüphe yoktur. Sonra bu yasak, Arap müşriklerinin kız evladı hakkında âdetlerini, bilhassa amaç edinmekle birlikte, hükmünün onlarla sınırlanmış olmadığı ve çocuk düşürmek cinayetlerini de kapsadığı açıktır.”

“Ayetin **‘Fakirlik korkusuyla çocuklarınızı öldürmeyin.’** şeklindeki ifadesinde özellikle geçim kaygısıyla çocuk öldürmenin, Allah'ın hazinesinin herkesi rızıklandırarak kadar zengin olduğundan şüphelenme anlamı taşıdığına bir işaret vardır. Ayrıca burada, sadece eski tefsirlerde söz konusu edilen Cahiliye dönemindeki çocuk öldürme uygulaması kastedilmeyip özellikle “fakirlik korkusuyla” veya “geçim kaygısıyla” şeklindeki kayıttan hareketle, anne karnındaki çocuğun öldürülmesinin de yasaklandığı dikkate alınmalıdır. Ayrıca böyle bir uygulamanın Cahiliye döneminde de mevcut olduğu düşünülebilir. Ayetteki **‘Çocuklarınızı öldürmeyin’** emri, günümüzde yaygın olarak uygulanan ve ciddi tartışmalara yol açan kürtaj konusuyla yakından ilgilidir. Günümüz âlimlerinin büyük çoğunluğu, hamileliğin hangi safhasında olursa olsun, çocuk düşürme ve aldırmanın haram olduğu görüşündedirler.”

Muhammed Esed de ilgili ayete getirdiği kısa yorumda şöyle demektedir: “Bu, muhtemelen ekonomik endişelerin zorladığı kürtaja bir işarettir.”

Hz. Peygamber (s.a.v.) kasten çocuk düşürmeyi cinayet olarak adlandırıp bunu işleyen veya sebep olanın maddi tazminat ödemesine hükmetmiştir. Ebu Hureyre (r.a.) anlatıyor: **“Resulullah (s.a.v.), ölü olarak düşürülen bir cenin için köle veya cariye bir gurreye hükmetti...”**¹⁴⁶

İslam hukukuna göre cenin doğuncaya kadar bazı bakımlardan anneye bağlı ve bağımlı ise de cenin olarak teşekkülü anından itibaren ayrı bir varlık kabul edildiğinden kendisine eksik bir kişilik ve eksik bir vücûb (hak) ehliyeti tanınmış, doğum zamanına kadar zayi olması muhtemel birtakım hakların onun için saklı tutulması kabul edilmiştir. Bu haklar nesep, miras, vakıf ve vasiyet olmak üzere dört çeşittir. Buna göre anne karnındaki çocuğun anne ve babasıyla nesep, bunlar vasıtasıyla da diğer yakınlarıyla akrabalık ilişkisi doğar ve bu sebeple miras bırakan bir yakınının ölmesi halinde ona mirasçı olur.

Cenin söz konusu edilen haklardan faydalanabilmesi için lehine vasiyet ve vakıf yapıldığında veya miras bırakan öldüğünde anne karnında mevcut olması ve sağ olarak doğması gerekmektedir. Bu sebeple, lehine hakların doğduğu sırada ceninin anne karnında mevcut olup olmadığının belirlenmesi zaruridir. Bugünkü tıbbî imkânlar ilk günlerden itibaren

¹⁴⁶ Buhârî, Feraiz, 11, Tıb, 46, Dyiat, 25; Müslim, Kasame, 35; Tirmizî, Dyiat, 15, Feraiz, 19.

hamileliğin tespitini mümkün kılmaktadır. Öte yandan cenin için kabul edilen hakların sabit olabilmesi, onun sağ doğmuş olması şartına bağlıdır. Ceninin sağ doğması gerçek anlamda olabileceği gibi bir haksız fiil sonucu ölü doğması durumunda olduğu üzere takdiren de olabilir. Bu şekilde ölü doğan çocuk hükmen sağ doğmuş kabul edilir. Miras ve vasiyet yoluyla intikal eden malların yanı sıra haksız fiili yapan kimsenin ödemek zorunda olduğu tazminat da çocuğun mirasçılarında intikal eder. Bütün bunlar çocuğun ana rahmine düştüğü andan itibaren İslam hukukçuları tarafından bir canlı kabul edildiğini göstermektedir. Bu itibarla İslam hukukunda, tıbbi ve dinî bir zaruret bulunmadıkça anne karnındaki çocuğun düşürülmesi ve aldirılması anne baba tarafından yapılmış veya yaptırılmış olsa bile cinayet (suç) olarak adlandırılıp haram sayılmıştır.

Kürtajın genel olarak dinî hükmü böyle olmakla birlikte sperm ve yumurtanın hangi safhadan itibaren cenin sayılacağı ve dinen hukuken koruma altına alınacağı, ceninin bulunduğu safhaya göre çocuk düşürmenin cezasında, hatta günahında bir farklılığın olup olmayacağı İslam hukukçuları arasında tartışmalıdır. Kur'an'da ceninin anne karnındaki yaratılış safhalarından bahsedilmekle birlikte¹⁴⁷ bu safhaların ruhun üflenmesiyle bir ilgisinin olup olmadığı konusunda açıklama bulunmaz. Hz. Peygamberin bir hadisinde anne karnındaki çocuğa 120. günden sonra ruh üfleneceğinden söz edilir.¹⁴⁸ Ruhun üflenmesinin ilk kırk günden sonra vuku bulduğuna işaret eden hadisler de vardır.¹⁴⁹ Ayetin dolaylı ifadesi yanı sıra bu hadisler, bir de fakihlerin dönemlerinde cenin hakkındaki tıbbi bilgileri bu konuda farklı ölçü ve görüşlere sahip olmalarına zemin hazırlamıştır.

Aralarında bazı Hanefiler'in de bulunduğu bir grup İslam hukukçusu 120 günden önceki, bazı Malikî, Şâfiî ve Hanbelî fakihleri ise kırk günden önceki çocuk düşürmeleri, tam oluşmuş bir çocuk düşürme saymama eğilimindedirler. Bazı Şâfiî fakihlerinden tam aksi yönde görüşe sahip olanlar da bulunmaktadır. Ali Bardakoğlu söz konusu hukukçuların böyle düşünmesinin, ceninin anne karnında geçirdiği safhalar konusunda yeterli tıbbi ve teknik bilgiden yoksun olmalarından kaynaklandığını söylemektedir. Ayrıca ruhun üflenmesiyle ceninin canlılık kazanacağı kanaati de onların böyle düşünmelerinde etkili olmuştur. Hâlbuki cenin döllenmesi andan itibaren gelişmeye elverişli bir canlıdır. Klasik Dönem İslam bilginlerinin de bu yönde açıklamaları vardır. Nitekim İbn Kayyim (ö. 751/1350) şöyle söylemektedir: "Ruh üflenmeden önce ceninde, tıpkı bitkide olduğu gibi gelişme ve beslenme hareketi vardır. Bu gelişme ve beslenme hareketi, iradeye dayalı değildir. Kendisine ruh üflenince bu gelişme ve beslenme hareketine, hissetme ve irade hareketi de eklenir."

Günümüzde ulaşılan ayrıntılı tıbbi bilgiler ceninin döllenmeden itibaren ayrı bir canlılık ve bütünlük kazandığını, safha safha oluşum ve yaratılışının tamamlandığını, ilk birkaç haftadan itibaren organlarının teşekkül ettiğini, hatta kalp atışlarının hissedildiğini ortaya

¹⁴⁷ Zümer, 39/6; Hac, 22/5; Mü'minün, 23/12-14; Nuh, 71/13, 14.

¹⁴⁸ Buharî, Bedü'l-halk, 6.

¹⁴⁹ Müslim, Kader, 1, 2, 4.

koymaktadır. Sadece bu durumda bile yukarıda belirtilen görüşlerin aksine, 40 gün veya 120 günden önce de ceninin alınmasının hukuka aykırı olduğu söylenebilir. Ancak öncelikle çeşitli nedenlerle kürtaja cevaz verenlerin gerekçelerini kısaca değerlendirelim.

Bazı ülkelerde yürütülen nüfus ve aile planlaması kampanyaları, fazla çocuk sahibi olmayı kınayan çevre baskısı, ekonomik sıkıntılar, eğitim imkânlarının yetersizliği gebeliği sonlandırma gerekçesi olarak görülmüştür. Bu nedenle Türkiye'nin de aralarında bulunduğu bazı ülkelerde de belli süreye kadar (ilk üç ay içinde) kürtaja izin verilmiştir.

Çocuğunu emziren bir kadının hamile kalması durumunda kürtajla hamileliğine son verme isteği de İslam hukukçuları tarafından tartışılmıştır. Bu tartışmanın özünü anne sütünün çocuk için önemi ve hamile bir kadının sütünün (gıyle) emzirdiği çocuğa zarar vereceği yönündeki yanlış telakkilerdir.

Gıyle (gıyel veya gayle), erkeğin, çocuk emziren karısı ile cinsel ilişkide bulunmasına denildiği gibi hamile kadının çocuğunu emzirmesine de denilmektedir. Bu durumda annesini emen çocuğa mugil, çocuğun emdiği süte de gayl denir. Bu sütün hastalığa sebep olduğu kabul edilerek Araplar gıyleyi kerih addederlerdi. Hz. Peygamber (s.a.v.) bir kısım hadislerde gıyleden nehyeder. **أَوْلَادَكُمْ سِرًّا فَإِنَّ الْغَيْلَ يَدْرِكُ الْفَارِسَ فَيُدْعِيهِ عَنْ فَرْسِهِ لَا تَقْتُلُوا** “Çocuklarınızı gizlice öldürmeyin. Çünkü gayl, biniciye (atının üzerinde) ulaşır ve atından aşağı atar.”¹⁵⁰ Ancak bu yasak mutlak olmadığı gibi tahrim de ifade etmemektedir. Zira diğer bir kısım hadisler gıyleye ruhsat vermektedir: **لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ أَنْهَى عَنِ الْغَيْلَةِ. حَتَّى ذَكَرْتُ أَنَّ** “Gıyleden nehyetmek istemiştim, sonra hatırladım ki İrânlılarla Bizanslılar bunu yapmaktalar ve çocuklarına da bir zarar olmamaktadır.”¹⁵¹ İbnu'l-Kayyim, az önce zikrettiğimiz gıyleden men eden hadisle bu hadis arasında bir çelişki olmadığını söyler. “Çünkü o hadis, çocuğu zayıflatıp öldüren şeyi terk hususunda irşat ve çocuğa karşı ihtiyatlı davranmayı, yeni bir hamilelikle fesada uğrayacak sütü emme durumuna maruz kalmamasını öğütlemek içindir. Bu sebeptir ki Arapların âdetine göre çocuklara analarının dışında sütanne tutulurdu. Hadisteki yasaklamadan olsa olsa, çocuğa zarar verecek yolların kapatılmasını isteme (sedd-i zeria) anlamı çıkar. Kaldı ki günümüz tıp verileri hamile kadının sütünün sadece tadının değiştiğini ve vitamin değerinin düştüğünü; ama çocuğa zarar vermediğini göstermektedir. Dolayısıyla böyle bir durum kürtaj gerekçesi olamaz. Kaldı ki anne sütü kadar olmasa da çocuğun beslenmesini, sağlayan gerekli vitamin ve proteinleri sağlayan mamalar üretilmektedir.

Zinanın da kürtaj için haklı bir gerekçe olamayacağı açıktır. Her ne kadar gebelik İslam dininin haram saydığı bir yöntemle gerçekleşmiş olsa da ana rahminde oluşan cenini bu gayrimeşru ilişkiden ayrı tutmak gerekir. Çünkü **“...Hiçbir günahkâr, başkasının günah yükünü üslenmez...”**¹⁵² ayetinin gereği masum olan cenin anne ve

¹⁵⁰ Ebu Davud, Tıb, 16; İbnMace, Nikâh, 61.

¹⁵¹ Müslim, Nikâh, 24.

¹⁵² İsrâ, 17/15.

babasının suçunun cezasını çekmez. Ayrıca her ne şekilde olursa olsun ana rahminde oluşan her cenin hayat hakkına sahiptir ve başkalarının saldırılarına karşı korunmuştur.

Peygamberimiz (s.a.v.), recm cezasına çarptırılan bir kadının cezasını, önce hamileliğinden dolayı ardından çocuğunu emzirmesi için ertelemiştir. Bu tavrıyla Peygamberimiz (s.a.v.) dikkatlerimizi gebeliğin nasıl oluştuğuna değil, ceninin hayatının korunmasına çekmiştir. Bu da zinanın, kürtaja haklı bir gerekçe oluşturamayacağını göstermektedir. Aynı şekilde tecavüzün de kürtaja haklı bir gerekçe oluşturamayacağı söylenebilir. Ancak Din İşleri Yüksek Kurulu tecavüze uğrayan kadının durumunu ve bazı özel şartları dikkate alarak kürtaja cevaz vermiştir. Konunun önemine binaen kurulun kararını aynen vermeyi uygun bulduk.

“Bütün dünyaca bilindiği üzere savaş hâli devam eden Bosna-Hersek’te on binlerce Müslüman kadın ve kız, Sırp’lar tarafından zorla tecavüz edilerek hamile bırakılmıştır. Bir taraftan kundaktaki çocuklar hunharca katledilirken diğer taraftan tecavüz edilen bu kadın ve kızların düşük yapma süresi geçinceye kadar esir kamplarında tutulmak suretiyle bu çocukları doğurmalarının sağlanmasına çalışılmıştır. Bu iğrenç muamele, Müslümanların aile yuvalarını yıkmak, nesillerini bozmak, maneviyatlarını çökerterek savaşma güçlerini yok etmek ve doğacak bu çocuklarla Müslüman toplumda huzursuzluğu devam ettirerek onları yurtlarından göçe zorlamak, böylece Bosna-Hersek’te Müslüman unsuru ortadan kaldırılmak üzere bir savaş silahı olarak kullanılmıştır. Nitekim tecavüze uğrayan Müslüman kadın ve kızlardan düşmanın alçakça tecavüzünün mahsulünü rahminde taşımak gibi bir zillete katlanamadıkları için canlarına kıyanlar olmuştur. Bu durumun ileride daha vahim olaylara sebep olacağı ve toplumda ekonomik, sosyal ve psikolojik yıkımlar tevhit edeceğinde şüphe yoktur. Çünkü doğacak olan bu çocuklar göz önünde bulunduğu sürece namus ve iffetini her şeyin üstünde tutan Müslüman bir ortamda bu iğrenç olayların unutulması ve böylesine bir zillete katlanması mümkün değildir. Bu şekilde zorla hamile bırakılmış olan Müslüman kadın ve kızların, dıştan bir müdahale ile rahimlerinin tahliyesinin dinen caiz olup olmadığı hususu, kurulumuzca, İslam fakihlerinin konu ile ilgili görüşleri de dikkate alınarak incelenmiştir.

Bilindiği üzere İslam dini insana ve insan hayatına büyük değer vermiştir. Hayatın ve neslin korunması bütün ilahî dinlerin başlıca hedefleri arasında yer almıştır. Bu itibarla, he ne şekilde olursa olsun ana rahminde meydana gelen bir canlının kesin ve meşru bir mazeret olmadıkça dıştan bir müdahale ile (düşürme, aldırma, kürtaj gibi yollarla) yaşama imkânının yok edilmesi cinayet sayılmıştır. Ancak söz konusu olaya, İslam’ın izzeti ve İslam toplumunun bu bölgede varlığını devam ettirmesi veya yok olması açısından da bakılması gerekmektedir. Olayı bu yönü ile değerlendiren kurulumuz, annenin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokmamak şartı ile zorla tecavüz sonucu gebe bırakılan Müslüman kadın ve kızların, kendi iradelerine bağlı olarak ilaç veya tıbbi müdahale yolu ile rahimlerinin tahliyesine cevaz verilebileceği kanaatine varmıştır.”

Kürtajla ilgili önemli bir tartışma konusu da anne karnında özürlü olduğu tespit edilen ceninin durumudur. Klasik fıkıh literatüründe yer almamakla birlikte günümüz İslam hukukçuları arasında tartışılan önemli konuların başında gelmektedir. Ruh üflendikten yani 40 veya 120 günden sonra çocuk düşürmenin veya aldırmanın haram olduğunda ve bu davranışın cinayet telakki edileceğinde İslam âlimleri arasında görüş birliği vardır. 120 veya 40. günden önce özürlü ceninin alınması hususu ise tartışmalıdır. Bazı İslam hukukçuları özrün derecesi ne olursa olsun, ister tedavi edilebilsin ister edilemesin kürtajı caiz görmemişlerdir. Bu yaklaşım hiçbir şekilde kürtaja cevaz vermeyen klasik fukahanın görüş ve gerekçeleriyle aynıdır. Diğer bir kısım İslam hukukçusu ise 120 günden önce özürlü olduğu tıbben kesin olarak tespit edilen ve hiçbir şekilde tedavi edilme imkânı da olmayan ceninin kürtaj edilebileceği kanaatindedirler. Fıkıh Akademisi Konseyi 10.02.1990 tarihinde Mekke’de yaptığı 12. toplantısında bu doğrultuda karar vermiştir. Diğer İslam ülkelerinde de aynı doğrultuda fetvalar verilmiştir.

Cenin nutfe (zigot) aşamasından itibaren canlı bir varlık olduğuna göre onun bu canlılığının bir saygınlığı vardır. Dolayısıyla ceninin hayatı korunmaya değer muhterem bir hayattır. Böyle olunca ceninin özürlü veya özürsüz olmasıyla, ruh üflenmiş olması ve olmaması arasında bu bakımdan bir farklılık bulunmamaktadır. Farklılık sadece o hayatın dokunulmazlığına ilişkin yasağın derecesinde olabilir. Nitekim fakihler bu ayrımı dikkate aldıklarından ceninin düşürülmesine dair cezai yaptırımları aşamalara göre değerlendirmişlerdir. İslam hukukçularının bir kısmı, gurrenin gerekli olması için ceninin dış görünümünün insana benzemesi, mesela organlarının kısmen belirginleşmesi şartını ileri sürer ve daha önceki safhalarda sadece hükûmetü’l-adli lüzumlu görür. Çoğunluk, düşenin cenin olduğundan emin olunması şartıyla her safhada gurreyi gerekli kabul eder.

Kürtaj konusunda daha sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek için şu soruların da cevabı bulunması gerekir. “Sağlam insanla sakat insan arasındaki ayrımın sınırları nedir?” “Sağlam olarak dünyaya gelen ve ileriki yaşlarda herhangi bir nedenle ağır özürlü durumuna düşen bir insanın durumu ne olacak?” “Döllenme sonucu tespit edilen hastalıklı embriyolar laboratuvar ortamında temizlenebildiğine göre başta bu tedbiri almadan sakat olduğu anlaşılan ceninin aldırma gibi kolayı seçmek doğru mudur?” Bütün bu değerlendirmelerden sonra özürlü ceninin kürtajında bir zaruret ve haklı bir gerekçe bulunmadığı görülmektedir. Ancak annenin hayatını kurtarma gibi tıbbi ve kesin bir zaruret ortaya çıkmışsa o zaman anne karnındaki ceninin tıbbi bir müdahale ile alınması caiz görülür. Fakat bu konuda anne babanın karar vermesinden ziyade uzmanlığına güvenilen tıp doktorlarının kararının esas alınması doğru olur. Bu genel kanaatin aksine İbn Abidin (ö. 1252/1836), cenin canlı olması durumunda annenin hayatından endişe duyulacak olsa bile alınamayacağını söyler. Çünkü annenin bu sebeple ölmesi bir ihtimaldir, ihtimalden hareketle herhangi bir insanın öldürülmesi caiz olmaz. Ancak Kuveyt'te yayımlanmakta olan Fıkıh Ansiklopedisinin ilim heyeti, ceninin alınmaması hâlinde annenin hayatının kesin olarak tehlikeye girmesi tıbben söz konusu ise anne hayatının dikkate alınmasının daha doğru olacağını söylemektedir.

Çünkü çocuğun varlığı temelde annenin varlığına dayanır. Diğer taraftan çocuğun sağ olarak doğmasının kesin olmamasına karşılık anne kesin olarak hayat sahibidir. İbn Abidin'in, söz konusu hükme döneminin tıbbi bilgileri ışığında vardığı göz önünde bulundurularak ikinci görüşün daha isabetli olduğu söylenebilir.

Kürtaj konusunda açıklığa kavuşması gereken bir diğer husus da çoğunlukla tüp bebek yönteminin sebep olduğu çoğul gebeliklerdir. Tüp bebek yönteminde birden fazla blastocist üretilmesi ve bunlardan bir kısmının ana rahmine konması ve diğer blastocistlerin yok edilmesi ya da araştırmalarda ve bazı hastalıkların tedavisinde kullanılması, tüp bebek konusunu dini açıdan yeniden tartışılır hale getirmektedir. Çünkü sperm ve yumurtanın döllenenmesinden itibaren, oluşan zigot bir canlı özelliği kazanmaktadır. Buna göre insana ilk anından itibaren bir birey olarak saygı duyulmalı, hukuki hakları tanınmalı ve ihlâl edilmemelidir. Bu sakıncayı giderebilmek için, tüp bebek uygulamasında eğer mümkünse ihtiyaçtan fazla yumurta döllenenmemeli ve bunlar ilmî-teknolojik imkânlarla korunmalı, sadece ihtiyaç duyulan yumurtaların döllenmesiyle yetinmelidir. Aksi takdirde fazla aşılınmış yumurtaların imha edilmesi dini yönden sakıncalı olacaktır. Kaldı ki tüp bebek yönteminde birden fazla yumurtanın döllenmesi tamamen olumlu sonuç alma ihtimalini yükseltmek için ticari kaygılarla gerçekleştirilmektedir. Buradaki ticari kaygıdan maksadımız öncelikle doktor veya hastanenin müşteri kazanma kaygısıdır. Bir diğeri de birden çok çocuğun, doğumdan sonra aileye getireceği ekonomik yüküdür. Nitekim 2005 yılında İzmir'de yedizlere hamile olduğu anlaşılan bir anne üzerinde yapılan tartışmalar bu durumu doğrular niteliktedir.

Tıp uzmanları, ikiz gebelikler hariç tek yumurta çoğul gebelik ihtimalinin 55 milyonda bir olduğunu belirtiyor. Dolayısıyla çoğul gebeliklerin büyük bir kısmı tüp bebek yönteminin sonucudur. Bu durumda yapılması gereken yapay döllenmelerde öncelikle sağlıklı bir gebeliği sağlayacak sayıda döllenmeyi gerçekleştirmektir. Böylece annenin hayatını veya bebeklerin sağlığını olumsuz yönde etkileyecek gebeliklerin de önüne geçilmiş olacaktır.

Çoğul gebelik konusunda tartışılması gereken bir diğer konu da sağlıklı doğum gerçekleştirme gerekçesiyle ceninlerde azaltma yoluna gidilip gidilemeyeceğidir. Şunu hemen belirtelim ki az da olsa dünyada sekizi bir arada doğuma dahi rastlanmaktadır.¹⁵³ Dolayısıyla çoğul gebeliklerin sağlıklı doğumla sonuçlanmasının mümkün olmadığını gerekçe göstererek ceninlerden bir kısmını almaya yönelik bir müdahale hukuka uygun kabul edilemez.

Çoğul gebeliklerde tartışılan bir diğer konu da bebeklerde bulunan bir hastalığın diğerlerini etkileyeceği gerekçesiyle hastalıklı ceninin kürtaj edilip edilemeyeceğidir.

¹⁵³ ABD'nin Kaliforniya eyaletinde bir kadın, tarihte ikinci kez sekiz doğurdu. Doktorlar, 6 erkek ve 2 kız bebeğin, 800 gram ile 1,5 kilogram arasında dünyaya geldiğini ve sağlık durumlarının iyi olduğunu bildirdi. Kaiser Permanente Bellflower Tıp Merkezi'nden Dr. Karen Maples, daha önce yaptıkları kontrollerde 7 bebek tespit ettiklerini ve sezeryan sırasında sekizinci bebeğin kendileri için büyük sürpriz olduğunu söyledi. Doktorlar, bebeklerin dokuz hafta erken doğduğunu, buna karşın sağlık durumlarının gayet iyi olduğunu kaydetti. (www.pozitifhaberler.com/.../1-dogum-sekiz-bebek-dogurdu-haberi.html).

Genetik olmayan hastalıklarda bebeklerin birinde bulunan hastalığın diğerine geçmesi mümkün değildir. Ancak tek yumurtadan kaynaklanan çoğul gebeliklerde aynı genetik hastalıklar bütün bebeklerde bulunur. Bu da bütün bebeklerin aynı genetik özelliklere sahip olmasından kaynaklanır. Tıptaki yeni gelişmeler bu durumu da sorun olmaktan çıkarmaktadır. Nitekim son yıllarda genetik bilimindeki gelişmeler henüz gebelik oluşmadan, tüp bebek yöntemleriyle laboratuvar ortamında geliştirilen embriyolar üzerinde genetik inceleme yapılmasına ve seçilmiş olan sağlıklı embriyoların anne adayının rahmine yerleştirilmesine imkân tanımaktadır. Bu yöntemle gebelik öncesi genetik tanı (Preimplantasyon Genetik Tanı-PGT) adı verilmektedir. Preimplantasyon genetik tanıyla birkaç kez tüp bebek tedavisi yaptırıp çocuk sahibi olamamış çiftlerde gebelik şansı artırılmakta ve düşük ihtimali azaltılmaktadır. Bu uygulamayla bebekte ortaya çıkabilecek çok önemli genetik rahatsızlıkların bir bölümü embriyoların ana rahmine yerleştirilmeden önce bulunup tedavi edilmesi mümkün olabilmekte, böylece sakat çocukların dünyaya gelmesinin de önüne geçilebilmektedir.

Bütün bunlardan sonra eğer hamile kadının rahmi temizlenmediği takdirde kadın ölecekse ancak bu durumda kürtaj yapılabilir. Rahimde birden fazla çocuk varsa bunlardan birini yaşatmak veya sağlam doğmasını sağlamak için diğerini öldürmek hukuka uygun olmaz. Ancak kendiliğinden ölen alınır.

Neticede İslam hukukçuları çocuk düşürmenin dinî hükmü konusunda başlıca iki gruba ayrılır. Çoğunluğun yer aldığı birinci gruba göre hamileliğin hiçbir döneminde meşru sebep olmaksızın çocuk düşürmek caiz değildir. Allah'ın yarattığı ceninin hayatına insan tarafından son verilmesi meşru olamaz. İkinci grupta yer alan hukukçulara göre ise hamileliğin ilk dönemlerinde çocuğun düşürülmesi haram değil mekruhtur. Bu da ilk günlerden ruh üflenme vaktine (120 gün) doğru gidildikçe tenzihen mekruhtan harama doğru bir değişme şeklinde kendini gösterir. Âlimler arasındaki bu görüş farklılığının başlıca sebebi, doğrudan konuyla ilgili nassın bulunmaması ve mezhep imamlarından bu hususta belli görüşlerin nakledilmemesidir. Ayrıca âlimlerin içtihatlarında, dönemlerinde cenin hakkında mevcut tıbbî bilgilerin yetersizliği de önemli ölçüde etkili olmuştur.

Gebeliğe son vermek amacıyla yapılacak müdahaleler uzman doktor tarafından ilgilinin rızası alınarak yapılmalıdır. Rızanın geçerli olabilmesi için hekim tarafından, ilgilinin, müdahalenin anlamı, etkileri, sonucu ve zorunluluğu bakımından aydınlatılmış olması gereklidir. Ancak acil bir durumda karar verecek kişi, yaşayan anne ve ceninin, yaşama ihtimalleri nedeniyle menfaatlerini göz önünde bulundurmalıdır. Annenin hayati tehlike içinde olması hâlinde onun yaşama ve sağlık hakkı ile henüz kişilik kazanmamış ceninin yaşama umudundan daha önemli kabul edilerek sadece bu hâlde izin almadan gebeliğe son verilebilir. Bu şartlarda uygulanacak bir müdahalede mutlak olan tıp ilminin kuralları dışına çıkılmamış ve suistimal de yoksa ortaya çıkacak olumsuz sonuçlardan dolayı doktor sorumlu tutulmaz. Çünkü doktor hukukun kendisine tanıdığı yetkiyi kullanmıştır. Bu da “Cevaz-i

şer'i damana münafidir.”¹⁵⁴ kaidesi kapsamında değerlendirilir. Ancak yanlış teşhis ve tedavi yapılmış olması (mesleki hata) ya da kullanılan tıbbi alet ve makinelerin bozukluğu sebebiyle hasta zarar görmüşse, her ne kadar müdahaleye başlandığında hukuka uygunluk söz konusu ise de sorumluluk gerektirir.

Zorunlu hâller dışında yetkili olsun olmasın gebeliğe son veren veya sterilizasyon müdahalesinde bulunan kimse -ki bu kişi hekim de olabilir- işlediği fiilden sorumlu olacaktır. Ayrıca yapılan müdahale sonucu kadın ölür veya vücut tamlığı üzerinde bir zarar meydana gelirse fail ayrıca cezalandırılır. Çünkü artık ortada tek değil, iki ayrı fiil söz konusu olmaktadır.

Türk hukuku konuya ilişkin düzenlemesinde gebeliğe son vermede “süre modelini” esas almakla birlikte tıbbi tehlike hâlinde de son vermenin mümkün olduğunu belirtmiştir. Gebeliğin sona erdirilmesi Türk Ceza Kanunu'nun 99 ve 100. maddeleri ile 14.11.1983/7395 sayılı “Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük”le düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre annenin sağlığını olumsuz etkilememesi şartıyla gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar istek üzerine rahim tahliye edilebilir. Onuncu haftadan sonra ise ancak tıbbi zorunluluk durumlarında gebeliğin sonlandırılacağı hükme bağlanmıştır. Tıbbi zorunluluk durumları olarak gebeliğin annenin hayatını tehdit etmesi ve doğacak çocuğun ağır özürlü olması gösterilmiştir. Ayrıca gebeliği sonlandırma işlemi ilgilinin rızasına dayalı olarak kadın hastalıkları ve doğum uzmanı doktorları tarafından yapılabileceği belirtilmiştir.

Sonuç

* Anne babanın başlangıçta çocuk sahibi olup olmamakta iradeleri ve seçme hakları vardır ve gebeliği önleyici tedbir ve yöntemleri kullanmalarına dinen izin verilmiştir. Ancak gebelik teşekkül ettikten sonra doğacak çocuğun hayatına son verme hakları yoktur.

* İslam hukukunda, tıbbi ve dinî bir zaruret bulunmadıkça anne karnındaki çocuğun düşürülmesi ve aldirılması anne baba tarafından yapılmış veya yaptırılmış olsa bile cinayet (suç) olarak adlandırılıp haram sayılmıştır.

* Bazı ülkelerde yürütülen nüfus ve aile planlaması kampanyaları, fazla çocuk sahibi olmayı kınayan çevre baskısı, ekonomik sıkıntılar, eğitim imkânlarının yetersizliği gebeliği sonlandırma gerekçesi olamaz.

* Zina kürtaj için haklı bir gerekçe olamaz. Her ne kadar gebelik İslam dininin haram saydığı bir yöntemle gerçekleşmiş olsa da ana rahminde oluşan cenini bu gayrimeşru ilişkiden ayrı tutmak gerekir.

¹⁵⁴ Mecelle, m. 91.

* Anne karnında özürlü olduğu tespit edilen ceninin de düşürülmesi hukuka aykırıdır. Çünkü cenin nutfе aşamasından itibaren canlı bir varlıktır ve onun bu canlılığının bir saygınlığı vardır. Dolayısıyla ceninin hayatı korunmaya değer muhterem bir hayattır.

* Rahimde birden fazla cenin olduğu tespit edilen bir kadına bazı ekonomik kaygılarla kürtaj uygulanamaz. Çünkü rahimde bulunan her cenin hayat hakkı bakımından birbirine eşittir. Dolayısıyla biri diğerine feda edilemez.

* Tıbbi zorunluluk nedeniyle uygulanacak kürtaj, uzman doktor tarafından ilgilinin rızası alınarak yapılmalıdır.

IV. Yapay Döllenme

Evliliğin temel amacı çocuk sahibi olmaktır. Bu nedenle evlilik gibi çocuk sahibi olmak da fitri bir ihtiyaçtır. Ancak şu bir gerçek ki her evli çift bu isteklerine erişememekte bazıları uzun yıllar çocuk özlemi çekerek yaşamaktadır. Anne ve babanın en tabii hakları olarak çocuk sahibi olmayı istemeleri din tarafından da teşvik edilmiştir. Meşru evlilik dışında çocuk sahibi olma yolları ise yasaklanmıştır.

Çağımızda bilim ve teknoloji alanında kaydedilen hızlı değişim ve ilerlemeler, hayatın pek çok alanında olduğu gibi tıp sahasında da kendini göstermiş, tıbbi herhangi bir problemin tetkik, teşhis ve tedavi aşamalarında kimi zaman kesin, kimi zaman da ümit verici sonuçlara ulaşılmasına zemin hazırlamıştır. Tıp alanındaki bu gelişim, kısırlık tedavisinde de yeni imkânlar sunmuştur. Bu durum kadın veya erkekteki bir rahatsızlık sebebiyle tabii ilişkiyle gebeliğin gerçekleşmesi mümkün olmayan çiftler için bir ümit ışığı olmuştur. Bu konudaki genel görüş bebek sahibi olmak için gerekli olan sperm, yumurta ve rahim evli çifte ait olmak şartıyla yapay döllenme veya embriyo nakli denilen yardımcı üreme teknikleri yardımıyla tedaviye başvurularak bebek sahibi olunmasında dinî bir sakınca olmadığı yönündedir.

V. Ötanazi

Sözlükte “iyi ölüm, kolay ve rahat ölüm” anlamına gelen ötanazi, terim olarak iyileşmesi imkânsız bir hastalığa yakalanan ve acılar içerisinde kıvranan bir kişinin hayatını, kendi veya kanuni temsilcisinin isteği üzerine, acı vermeyen bir yöntemle sona erdirmeye denir.

Ötanazi, gerçekleştirilmesi açısından ikiye ayrılır:

1) *Aktif ötanazi*: Hayatı kısaltacak veya hayata son verecek maddelerin, hastanın acı ve ıstıraplarını tümünden gidermek için bilerek kullanılması demektir.

2) *Pasif ötanazi*: İnsan yaşamının devam edebilmesi için zorunlu bir kısım tedavinin durdurulması, geri çekilmesidir. Bu tür ötanazide kişi aktif olarak öldürülmemekte; fakat adeta ölüme terk edilmektedir.

Şiddetli acı ve ıstırap çeken, ayrıca hastalığının iyileşmesinden de ümidini kesen bir hastanın ölüm talebi veya kanuni temsilcisinin buna izin vermesi, kişinin temel bir hakkı olan hayatı üzerinde yapılan bir tasarruftur. İşte bu tasarrufun geçerli sayılabilmesi için

kişinin böyle bir talepte bulunma veya izin verme hak ve yetkisine sahip olması gerekir. Hâlbuki kişiler, yaşamlarına son verme hak ve yetkisine sahip değillerdir.

İslam dini, insana ve insan hayatına büyük bir değer vermiştir.¹⁵⁵Savaş hâli, nefis müdafaası veya yetkili kurum ve makamların karara bağlayıp onayladığı bir cezanın infazı gibi haklı ve meşru (hukuki) bir sebep olmadıkça insan hayatına son verilmesini yasaklamış, gerek başkasının canına kıymayı, gerekse intiharı yani kişinin kendi canına kıymasını en büyük günahlardan saymıştır. Nitekim Kur'an-ı Kerim'de şöyle buyrulmuştur: “...Kim, bir cana kıymamış, ya da yeryüzünde bozgunculuk yapmamış olan bir canı öldürürse, sanki bütün insanları öldürmüş gibidir. Kim de (onun hayatını kurtarmak suretiyle) onu yaşatırsa, bütün insanları yaşatmış gibi olur...”¹⁵⁶

Hastanın, bırakın kendi ölümüne bizzat sebebiyet vermesi, ölümü arzu etmesi veya ölüm için dua etmesi bile men edilmiştir.¹⁵⁷ Şayet kişi iyi bir kimse ise daha uzun yaşadığında daha fazla iyilik yapabilir; eğer kişi iyi bir kimse değil ise daha uzun bir hayat, bu hâlden vazgeçip iyi bir kimse olabilmesi için ona bir şans verebilir.

Çekilen acı ve ıstıraplar ne kadar şiddetli, yaşanan sıkıntılar ne kadar ağır olsa da her türlü şart altında insan, yaşamını devam ettirmekle yükümlüdür. Zaten Kur'an'ın ifadesiyle Allah, insana taşıyamayacağı yükü yüklemes.¹⁵⁸

İslam yaşamaktan usandıracak sebepler karşısında tahammül gösterilmesi için, hayatın bir emanet olarak telakki edilmesi, onun korunması ve kollanması için yükümlülükler getirmiştir. Peygamber (s.a.v.)in “İyi biliniz ki, üzerinizde nefsinizin de hakkı vardır.¹⁵⁹ “Veba olan yere girmeyiniz, oradan ayrılmayınız”¹⁶⁰ve “Allah şifasını yaratmadığı hiçbir hastalık vermemiştir”¹⁶¹gibi hadisleri insanın, sağlığını korumakla görevli olduğunu gösteren naslardan birkaç tanesidir. Bu ve benzeri nasları dikkate aldığımızda insanın hayata devam etme veya hayatına son verme gibi bir seçim hakkının bulunmadığını görürüz.

Görüldüğü gibi insanın yaşama devam etmek veya son vermek konusunda bir tercihte bulunma hakkı yoktur. İnsan, kendisi böyle bir hakka sahip olmadığı gibi hayat hakkının kullanımını, kanuni temsilcisi de olsa başkalarına devretme hakkına da sahip değildir. Çünkü bu, kişinin sahip olmadığı bir hakkın başkasına devredilmesi anlamına gelir. Bu nedenle bir kimsenin, kanuni temsilcisi de olsa başkasının hayatı hakkında tasarrufta bulunması kesin olarak geçersizdir. Bu durumda kişinin ölümü talep etmesi hukuka aykırı olduğu gibi hastanın rızasına binaen ötanazi uygulayan doktorun fiili de hukuka aykırıdır. Yani böyle bir

¹⁵⁵ Tîn, 95/4; İsrâ,17/70.

¹⁵⁶ Mâide, 5/32.

¹⁵⁷ Buhârî, Merda, 19, Da'avat, 30; Müslim, Zikir, 10; Tirmizi, Cenaiz, 3; Ebu Davud, Cenaiz, 13; Nesai, Cenaiz, 1.

¹⁵⁸ Bakara, 2/286.

¹⁵⁹ Buhârî, Savm, 51; Müslim, Sıyam, 35.

¹⁶⁰ Buhârî, Tıb, 30; Müslim, Selam, 32.

¹⁶¹ Ahmet b. Hanbel, *Müsned*, III, 421.Buhârî, Tıb, 4; Müslim, Selam, 69; Ebu Davud, Tıb, 1; Tirmizi, Tıb, 2; İbni Mace, Tıb, 12.

insanı öldüren, masum bir cana kıymış kabul edilir. Dolayısıyla katile ya kısas ya da diyet cezası verilir.

Diğer taraftan aktif ötanazinin, intiharla aynı anlama geldiğini ve bu yöntemle hayatının sona erdirilmesini isteyen veya onaylayan kişinin intihar suçu işlediğini dolayısıyla büyük günah yüklendiğini söyleyebiliriz.

III. HELALLER VE HARAMLARLA İLGİLİ MESELELER

Getirdiği hükümlerle insanı mutlu etmeyi, onun dünya ve ahretini mamur etmeyi ve dünyayı yaşanabilir hale getirmeyi hedefleyen İslam bunun için gerekli sınırları çizmiştir. Bu sınırları kısaca helal ve haram olarak ifade edebiliriz. İnsanı helal dairesinde hareket etmeye davet eden İslam, bu dairenin onun insanca yaşaması için yeterli olacağını ifade etmiştir. Bunun için fukahâ, bazı ayetlerden¹⁶² istidlal ederek “Eşyada aslolan mubahlıktır” kuralını getirmiştir. Böylece yeryüzündeki imkânlardan yararlanmanın esas olduğu ve nimetlerin insan için olduğu beyan edilmiştir. Diğer taraftan İslam’ın kırmızıçizgileri olan haramlar, “hudûdullah” ve “Allah’ın koruluğu” olarak tespit edilmiştir.

1. Helal ve Haram Kavramları

Haramın karşıtı olan “helâl”, sözlükte bir fiilin mubah, câiz ve serbest olması ve yasağın kalkması gibi anlamlara gelir. Fıkhi bir terim olarak helal, Şari’nin, mükellefi yapıp yapmamakta serbest bıraktığı fiillerdir. Mükellefin yapması veya terk etmesi halinde herhangi bir övgü yahut kinamayı hak etmediği davranışlarıdır. Örneğin, uyumak, yürümek, yemek ve içmek gibi davranışlar mubahtır/helâldir.

Haram, Şari’nin yapılmasını, açık ve kesin olarak yasakladığı fiillerdir. Yasaklandığına dair Kur’an’da, mütevatir ya da meşhur hadiste açık ve kesin hüküm bulunan bütün söz ve fiiller haramdır. Örneğin, hırsızlık yapmak, kumar oynamak, zina yapmak ve adam öldürmek gibi fiiller haramdır. Çünkü bunların haram oldukları Kur’an’da açık olarak belirtilmiştir.¹⁶³ Dinin yasakladığı bu tür fiilleri yapmak haram olduğu gibi farz olan namaz ve oruç gibi fiilleri terk etmek de haramdır.

2. Helal ve Haram Konusunda Temel Prensipler¹⁶⁴

* *Helal ve haram kılmada yetki Allah’a aittir*

Kur’an’da yer alan bazı ayetler ve Hz. Peygamber’den nakledilen bazı hadisler helal ve haram kılma yetkisinin Allah’a ait olduğunu ifade etmektedir. Ancak bunun yanında bazı ayet ve hadisler de Hz. Peygamber’e helal ve haram koyma yetkisi vermektedir. Bu yetki daha çok ayetlerin kapsamını beyan anlamındadır.

Hz. Peygamber’in haram kılma yetkisine işaret eden ayetlerden biri şöyledir:

¹⁶² Bakara, 2/29; Câsiye, 45/13; Lokman, Lokman, 31/20.

¹⁶³ Mâide, 5/38; En’âm, 6/151.

¹⁶⁴ Bu başlıkla ilgili bilgiler Abdullah Kahraman’ın İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy. 20, 2012, s. 43-69’de yayımlanan “İslam’da Helal ve Haram’ın Yeri ve Fıkıh Usulü Açısından Temellendirilmesi” adlı makalesinden alınmıştır.

*“Onlar, yanlarındaki Tevrat'ta ve İncil'de yazılı buldukları Resule, o ümmî peygambere uyan kimselerdir. O, onlara iyiliği emreder, onları kötülükten alıkoyar. Onlara iyi ve temiz şeyleri helal, kötü ve pis şeyleri haram kılar...”*¹⁶⁵

Konuyla ilgili hadislerden birinde şöyle buyrulmaktadır: *“Şüphesiz Peygamberin haram kıldıkları da Allah'ın haram kıldıkları gibidir.”*¹⁶⁶

Bu durum ilk bakışta bir yetki karmaşasına sebebiyet veriyor gibi gözükse de aslında durum öyle değildir. Hz. Peygamber Allah'ın helal kıldığını haram, haram kıldığını da helal kılmadığına ve kılamayacağına göre iki yetki arasında bir çatışma değil, tamamlama ve yetkiyi icra söz konusudur. Bir başka ifadeyle, dinî bir kavram olan haramı tayin sadece Allah'ın tasarrufunda olan bir konudur. Hz. Peygamber'in bu konudaki hadisleri, Allah'ın hükmünü ve iradesini beyandan ibarettir.

Allah her türden helal ve haramı Kur'an'da belirlemiş Peygamberimiz (s.a.v.) de bu hükümlerin bir kısmını beyan etmiştir. Nitekim haram ve helal arasında durumu belli olmayan şeyler vardır ve bunlar hem helal hem de haram tarafının hükmünü alabilir. İşte bu konuda Resulullah devreye girerek durumu açıklamıştır. Bu açıklamalarının birinde şöyle buyurur: *“Haram bellidir, helal bellidir; bu ikisi arasında ise durumları belli olmayan şüpheli şeyler vardır...”*¹⁶⁷ Kur'an ve Sünnet haramı belirlerken ayrıntıdan ziyade konuyla ilgili kaideyi ve belirli durumların hükmünü açıklamakla yetinmiştir. Bu genel kuralın her devirde anlaşılıp uygulanabilir tarzda takdim edilmesi ise o devrin ehliyetli ve bilgili İslam bilginlerine bırakılmıştır. Bundan dolayıdır ki, özellikle ilk devir İslam âlimleri “haram” tabiri ile Allah'ın açıkça haram kıldığı hususları kasteder, hakkında kesin ve açık nas bulunmayan şeyler içinse “haram” demekten kaçınırlar, bunları ifade de daha çok “mekruh, hoş değil, doğru değil, sakıncalı, caiz değil” gibi tabirleri kullanırlar.¹⁶⁸

** Eşyada aslolan mübahlıktır (yasaklanmamış her şey helaldir)*

Allah, kâinatı ve onun imkânlarını insan için yaratmıştır.¹⁶⁹ Ancak o imkânlardan yararlanmayı bazı esaslara bağlamıştır. Bu esaslara riayet edildiği sürece eşyada mübahlık, serbestlik ve kısıtlama olmaması esastır. Bu sebeple İslam'ın ferdî ve içtimaî hayatla ilgili olarak yasakladığı veya kayıtladığı hususlar dışında kalan çok geniş bir alan helâl, mübah ve caiz kapsamında yer almaktadır. Nitekim Hz. Peygamber bu hususu hadislerinde şöyle açıklamıştır: *“Muhakkak ki Allah birtakım şeyleri size farz kılmıştır, onları kaybetmeyiniz. Bir takım sınırlar koymuştur, onları da aşmayınız. Birtakım şeyleri haram etmiştir, onlara el uzatmayınız. Birtakım şeylerden de unutkanlık eseri olmayarak size merhamet olsun diye sükût etmiştir, onları da soruşturmayınız.”*¹⁷⁰ *“Helâl, Allah'ın kitabında helal kıldığı şeydir. Haram da Allah'ın kitabında haram kıldığı şeydir. Hakkında sükût ettiği şey ise*

¹⁶⁵ A'raf, 7/157.

¹⁶⁶ Darimi, Mukaddime, 49; Ahmed, IV, 132; Tirmizi, İlim, 10; İbn Mace, Mukaddime, 2.

¹⁶⁷ Buharî, İman, 39, Büyü, 2; Müslim, Müsakat, 107.

¹⁶⁸ Şâtibi, IV, 287.

¹⁶⁹ Bk. Bakara, 2/29.

¹⁷⁰ Taberani, *el-Mu'cemu'l-Kebîr*, XXII, 222; Hâkim, *Müstedrek*, II, 375.

affedilmiştir. Onun hakkında soru sormayınız."¹⁷¹ Hz. Peygamber bazı yiyecekleri ailevî sebeplerle kendisine yasaklayınca, Yüce Allah buna şöyle müdahale etmiştir: "*Ey Peygamber! Eşlerinin rızasını gözeterek Allah'ın sana helâl kıldığı şeyi niçin kendine haram ediyorsun? Allah çok bağışlayan, çok esirgeyendir.*"¹⁷² Böylece Resul-i Ekrem'in bu konuda yaptığı yemini bozması istenmiştir.

* *Tahrimde esas taabbudîliktir*

İslam'ın haram kıldığı hükümler dikkate alındığında, haram kılmada genel olarak o şeyin zararlı, pis, tiksinti verici ve iğrenç oluşu gibi özelliklerin esas alındığı, bazı şeylerin ise dinî siyasetin gereği olarak haram kılındığı görülür. Mesela, kasten besmele çekilmeden ve Allah'tan başkası adına kesilen hayvanların yenilmemesinin haram kılınması dinî siyasetin bir gereğidir ve bunların haram kılınması taabbudî özellik arz etmektedir. Haram kılınan bazı nesnelere pis, zararlı vb. özellik taşıması ilk etapta ilgili hükmün ta'lîl olduğunu akla getirebilir. Ancak pis ve tiksinti verici özellik taşıdığı için haram kılınan nesnelere benzerlerinin aynı kat 'ilikte nasslarla haram kılınmayışına bakıldığında tahrimde esasın ta'lîl değil, taabbud olduğu sonucuna varılabilir. Mesela domuz eti, hayvanın yetiştirilme tarzı vb. sebeplerle mikrop taşıyor olabilir. Ancak gelişen teknolojik imkânlarla bunun bertaraf edilmesi mümkündür. Nitekim Avrupa ülkelerinde tüketilen domuz eti bu sakıncanın ortadan kalktığına işaret etmektedir. Bu etin lezzetsiz olmadığı da söylenemez. Ancak bütün bunlara rağmen Kur'an domuz etinin haram olduğunu ısrarla ifade eder. Hâlbuki pislik yiyen tavuk, kaz, ördek gibi hayvanların (celâle) etleriyle ilgili böyle kati naslar yoktur. O zaman domuz etinin haram kılınmasında zararlı, iğrenç vb. olumsuz özellikler dışında Şâriin haram hükmünü verirken dikkate aldığı başka manalar olmalıdır. Bu sebeple domuz eti ve kati naslarla haram kılınan diğer haramların ta'lîl değil taabbudî olduğu sonucuna ulaşılır.¹⁷³

* *Helal alan insan ve toplum ihtiyaçları için yeterlidir*

Yüce Allah koyduğu hükümlerle kulun dünyasını ve yaşam alanını daraltmayı hedeflememiştir. Aksine haramların meydana getirdiği ve istenmeyen zararlı sonuçlar doğurarak hayatı çekilmez hale getirdiği darlık ve huzursuzluktan onları korumak istemiştir. Bu sebeple helal alan daima haram alandan geniş bırakılmış ve bu alanın insanların sağlıklı ve mutlu yaşaması için yeterli olduğu ortaya konulmuştur. Bunun için yasaklanan hemen her şeyin bir alternatifi helal kılınarak insanların darlığa düşmeleri önlenmiştir. Mesela, alkollü içkiler haram kılınırken, diğerleri helal kılınmıştır. Faizli alış-veriş haram kılınırken pek çok helal kazanç yolu mubah kılınmıştır. Çünkü Allah insanlara hayat biçimi olarak sunduğu din ile onlar için zorluğu ve darlığı değil kolaylık ve rahmet içerisinde yaşamalarını murat etmiştir. Bunun için Kur'an'da şöyle buyurulmuştur: "... Allah sizin için kolaylık ister

¹⁷¹ Tirmizi, Libas, 6; İbn Mace, Et'ime, 60.

¹⁷² Tahrim, 66/1-2.

¹⁷³ Bk. Mehmet Erdoğan, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, Marmara Üniv. İlahiyat Fak. Vakfı Yayınları, İstanbul 2007, 130-131.

güçlük çekmenizi istemez..."¹⁷⁴Bir başka ayette "*Allah yüklerinizi hafifletmek ister; zira insan zayıf yaratılmıştır.*"¹⁷⁵buyurur.

* *Haramla sonuçlanan her şey haramdır (Harama götüren vesileler de haramdır)*

İslam sadece bir şeyi ve davranışı haram kılmakla yetinmemiş, ona götüren ve haramla sonuçlanacak şeyleri de haram kılmıştır. Aynı zamanda doğrudan haram fiili işlemeyi ve bu fiilin işlenmesine zemin hazırlanmasını, yardım edilmesini ve sebep olunmasını da yasaklamıştır. Hz. Peygamber tarafından içki içene, taşıyana, üretene ve servis edene yönelik yasak bu prensibin kaynağını oluşturur. Fıkıh usulünde bu prensibe Sedd-i zeria denilmiştir.

* *Haram konusunda hileye başvurmak da haramdır*

Aslında gerçek ismiyle Allah'ın yasakları arasında olan bir takım yiyecek ve davranışlar ismi değiştirilmek suretiyle helal hale gelmez. Bu sadece harama kılıf bulmaktır. Dolayısıyla farklı bir işlem gibi gösterilse de aslı fâiz olan bir işlem fâizdir, şarabın adı değiştirilse de o madde yine şaraptır.

* *İyi niyet haramı helal kılmaz*

İslam'da "amellerin niyetlere göre olduğu" temel bir prensiptir.¹⁷⁶Aslında mubah olan bir şey iyi niyetle yapılıncı ibadete dönüşür. İbadete kuvvet kazanmak için yemek yemek sevaba vesile olur. Ancak aslı haram olan bir şey ne kadar iyi niyetle yapılırsa yapılsın yine de haram olur. İyi niyet onu helal hale getirmez. Mescit yapmak veya hayır kurumlarına bağışlamak için haram kazançtan mal elde etmek, ya da haram yolla elde ettiği malı buralara harcamak onu helal hale getirmediği gibi, haram işleme günahını da ortadan kaldırmaz. Hz. Peygamber'in haramdan yiyip giyinen birisinin duasının kabul edilmeyeceğini söylemesi¹⁷⁷ bu prensibin dayanaklarından biridir. Ayrıca Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: "*Kim haramdan mal biriktirir sonra da onu tasadduk ederse ondan dolayı bir sevap alamaz, günahı da onun üzerine olur.*"¹⁷⁸

* *Haram şüphesinden kaçınmak gerekir*

Kur'an insanlara haram olanları açıkça beyan ederek¹⁷⁹, Hz. Peygamber de Allah'ın haram kıldığı şeylerin özelliklerini açıklayıp örneklendirerek bu konuda rehberlik etmiş ve onları harama düşmekten korumayı hedeflemiştir. Helal ile haram arasında kalan ve şüpheli bulunan bazı şeylerden kaçınmanın da takva ve ihtiyat gereği olduğu bizzat Hz. Peygamber tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: "*Haramlar apaçık bellidir, helaller de apaçık bellidir. Bu ikisi arasında (haram veya helal olduğu) şüpheli olanlar vardır. İnsanlardan çoğu bunları bilmez. Bu durumda, kim şüpheli şeylerden kaçınırsa, dinini de, ırzını da korumuş olur. Kim de şüpheli şeylere düşerse harama düşmüş olur, tıpkı koruluğun etrafında*

¹⁷⁴ Bakara, 2/185.

¹⁷⁵ Nisâ, 4/28.

¹⁷⁶ Buhârî, Eşribe, 6; Ebû Davud, Eşribe, 6.

¹⁷⁷ Müslim, Zekât, 19.

¹⁷⁸ Kardâvi, Yusuf, *İslam'da Helal ve Haram*, (trc. Mustafa Varlı), Hilâl Yayınları, Ankara 1970, s. 35; Hayreddin Karaman, *Günlük Hayatımızda Helaller ve Haramlar*, İz Yayıncılık, İstanbul 2007, 24-25.

¹⁷⁹ En'âm, 6/119.

sürüsünü otlatan çoban gibi ki, her an koruluğa düşebilecek durumdadır. Haberiniz olsun, her kralın 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."¹⁸⁰Bir başka hadis-i şerifte de şöyle buyrulmaktadır: "Şüphe vereni bırak! Şüphe vermeyene bak!"¹⁸¹

* *Zaruretler haramı mübah kılar*

İnsanın ihtiyaçlarını ve maslahatını dikkate alarak haram dairesini dar, helal dairesini ise geniş tutan İslam, beklenmeyen ve sıkıntı getirerek insan hayatını zora ve dara sokan bir takım durumları da insan lehine değerlendirmiştir. Buna göre, dardan kurtuluncaya kadar ve geçici olmak üzere prensip olarak haram kabul ettiği bazı hususları zaruretleri aşıncaya kadar helal kabul etmiştir. Bu durum din olarak İslam'ın fitrat dini ve insan için gönderilmiş olması, gerçekçi olması ve kolaylığı prensip edinmesiyle izah edilmiştir. Konuyla ilgili olarak Kur'an'da birçok ayet vardır. Bu ayetlerin birinde şöyle buyrulur: "*Allah, size ancak leş, kan, domuz eti ve Allah'tan başkası adına kesileni haram kıldı. Ama kim mecbur olur da, istismar etmeksizin ve zaruret ölçüsünü aşmaksızın yemek zorunda kalırsa, ona günah yoktur. Şüphesiz, Allah çok bağışlayandır, çok merhamet edendir.*"¹⁸²İslam'ın helal ve haramla ilgili bu prensibi İslam hukukçuları tarafından bazı ilkeler ortaya konulmak suretiyle açıklığa kavuşturulmuş ve sınırları belirli hale getirilmiştir. "Zaruretler memnu' olan şeyleri mubah kılar."¹⁸³kuralı bu konudaki temel ilkelerden biridir. Zaruret dolayısıyla helâl kılınan hususlar ise, "Zaruretler kendi miktarlarınca takdir olunur."¹⁸⁴Bu durumun geçici olduğu ise "Mâni zail oldukça memnu avdet eder."¹⁸⁵ilkesiyle ifade edilmiştir.

* *Haramda zarar helalde fayda vardır*

Yüce Allah birtakım hususları helal, bir kısmını ise haram kılarken kullarına olan sonsuz rahmetinin eserini göstermiş, insanlara bir şekilde zararı olacak şeyleri haram, yararı olacak şeyleri ise helal kılmıştır. Buna göre Yüce Allah, başlangıçta ve sonuçta tamamen zararlı olanları haram kıldığı gibi, zararı faydasından çok olanları da haram kılmıştır. Tamamen faydalı veya fayda yönü ağır basanları da helal kılmıştır. Şu ayet bu hususa işaret etmektedir: "*Sana, sarhoşluk veren şeyler ve şans oyunları hakkında sorarlar. De ki: Onların her ikisinde de hem büyük bir kötülük hem de insanlar için bazı yararlar vardır; ancak yol açtıkları kötülük, sağladıkları yararlardan daha büyüktür.*"¹⁸⁶ Faydalı ve temiz şeyler Kur'an'da "tayyibât" olarak, zararlı ve pis olanlar ise "habâis" olarak adlandırılmıştır. İlgili ayetlerin birinde şöyle buyrulur: "*Senden kendilerine nelerin helâl kılındığını soruyorlar; de ki, size temiz yararlı şeyler helâl kılınmıştır. Eğittiğiniz ve Allah'ın size öğrettiğini*

¹⁸⁰ Buharî, İman, 39, Büyü, 2; Müslim, Müsakat, 107.

¹⁸¹ Tirmizî, Kıyâmet, 60.

¹⁸² Bakara, 2/173.

¹⁸³ Mecelle, md. 21.

¹⁸⁴ Mecelle, md. 22.

¹⁸⁵ Mecelle, md. 24.

¹⁸⁶ Bakara, 2/219.

öğrettiğiniz avcı hayvanların sizden yana yakaladıklarını yiyiniz ve üzerine Allah'ın ismini anınız (Besmele çekiniz). Allah'tan korkup kötülüklerden (murdar ve zararlı şeylerden) sakının; şüphesiz ki Allah hesabı çabuk görendir."¹⁸⁷

** Haram bütün Müslümanları bağlar ve İslam ülkesi ile sınırlı değildir*

Müslüman olan herkes haramlardan kaçınmak zorundadır. Bu konuda makam, rütbe, renk, ırk, coğrafya farkı yoktur. Hz. Peygamber'in "suçu işleyen Muhammed'in kızı Fatıma da olsa ona hırsızlık suçunu uygulardım" buyurması ve peşinden de: "Sizden öncekiler kanunları asillerine değil de zayıflarına uyguladıkları için helak oldular."¹⁸⁸ demesi bu prensibin temelini oluşturur.

Müslüman imanını, ahlakı ve şahsiyetiyle her yerde Müslümandır. Bu bakımlardan İslam ülkesinde olmasıyla olmaması arasında fark yoktur. Bu konuda özel şartlar için verilen fetvalar kural oluşturmaz. Bazı âlimlerin İslam ülkesi dışında fâiz ve kumara bazı özel gerekçelerle izin vermiş olması, ulemanın çoğunluğu tarafından kabul görmemiştir.¹⁸⁹ Haram her yerde haram olduğuna göre, Müslümanın böyle bir anlayışla hareket etmesi onun imanına ve şahsiyetine zarar verir.

** Helal ve haram birleştiğinde ihtiyaten haram tercih edilir*

Bazılarının hadis olarak naklettiği ve geniş bir uygulama alanı olan bu prensibe göre, helal ve haram olan bir yiyecek, haram ve helal olan bir kazanç, temiz ve pis olan bir nesne birbirine karıştığında ihtiyaten haram olana göre hüküm verilir. Aynı şekilde hakkında haram ve helâl olduğuna dair iki delil bulunan meselede de haramlık hükmü ihtiyaten tercih edilir.¹⁹⁰

3. Gıda Ürünlerinde Helal ve Haramlar

3.1. Yiyeceklerde Helal ve Haramlar¹⁹¹

İslam bilginleri, belirtilen amaç ve ilkeler ışığında içtihat ederek hangi hayvanların etinin helâl hangilerinin haram olduğunu ya tek tek veya gruplandırarak belirlemeye çalışmışlardır. Bu belirlemelerde, bazı hadislerin sahih kabul edilip edilmemesi veya farklı yorumlanmasının yanı sıra, mahallî âdet ve damak zevkinin, ilkeyi somut olaylara uygulamadaki değerlendirme farklılıklarının etkili olduğu bir gerçektir. Öte yandan, yeryüzündeki bütün hayvan cinslerinin ismen fıkıh eserlerinde anılmış olmasının beklenemeyeceği de açıktır. Bu sebeple de fıkıh kültüründe eti yenen ve yenmeyen hayvanlar konusunda zengin bir bilgi birikimine ve birbirinden oldukça farklı görüşlere rastlanır.

a) Etlerinin yenmesinin helâl olduğunda görüş birliği bulunan kara hayvanları şunlardır:

¹⁸⁷ Mâide, 5/4, 5.

¹⁸⁸ Buharî, Enbiyâ, 54, Hudûd, 11; Müslim, Hudûd, 9.

¹⁸⁹ Bk. Karaman, *Helâller ve Haramlar*, 26-29.

¹⁹⁰ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, (thk. Muhammed Mutî el-Hâfız), Dâru'l-Fikr, Dımeşk, 1983, s. 121-129.

¹⁹¹ Bu başlıkla ilgili bilgiler TDV Heyet, *İlmihâl*, II, 29-69'den özetlenerek alınmıştır.

1. Sığır, manda, koyun, keçi, deve, tavşan, tavuk, kaz, ördek, hindi türünden evcil hayvanlar,

2. Geyik, ceylan, dağ keçisi ve zebra gibi yabanî hayvanlar,

3. Güvercin, serçe, bıldırcın, sığırcık, balıkçıl gibi kuşların etlerinin helâl olduğunda fakihler görüş birliğindedir. Bu sayılanların bir kısmının helâllığı Kur'an'da açıklanmış¹⁹² diğerleri de Kur'an'ın "yiyiniz" dediği iyi ve temiz şeyler kapsamında görülmüştür.

b) Etlerinin yenmesinin haram olduğunda görüş birliği bulunan hayvanlar ise üç gruptur:

1. Domuzun haram olduğu Kur'an'ın açık hükmüyle sabittir.¹⁹³ Kur'an'da tür olarak yasaklanan tek hayvan domuzdur. Domuzun çeşitli parçalarından yararlanmaya gelince, İslam hukukçularının çoğunluğu ilgili ayet ve hadisleri yorumlayarak bunların da necis ve haram olduğu sonucuna varmışlardır.¹⁹⁴

2. Allah'tan başkası adına kesilen hayvanlar.¹⁹⁵

3. Meyte (leş) tabir edilen, dinî usulde kesilmemiş veya kendiliğinden ölmüş hayvanın etinin haram olduğu da yine Kur'an'ın açık hükmüne dayanır.¹⁹⁶

c) Yukarıda sayılan grupların dışında kalan hayvanların etlerinin yenmesinin dinî hükmü fakihler arasında tartışmalıdır.

Yırtıcı hayvanlar (zî nâb) grubundan olan kurt, aslan, kaplan, pars, maymun, sırtlan, köpek, kedi gibi hayvanlar ile pençesiyle kapıp avlanan şahin, doğan, kartal, akbaba gibi yırtıcı kuşlar (zî mihleb), bu özellikte olmasa bile genelde pislikle beslenen kuzgun, karga gibi kuşlar, tabiatı itibariyle iğrenç bulunan fare, yılan gibi hayvanlar, akrep, sinek, örümcek gibi haşerat fakihlerin büyük çoğunluğu tarafından haram görülmüştür.

DİĞER MEZHEPLER

Malikî bilginlerin bir kısmına göre aslan, kaplan gibi yırtıcı hayvanların etlerini yemek helâldir. Onlara göre şahin, kartal gibi yırtıcı kuşların ve pislikle beslenen kuşların yenmesi ise mekruhtur. Bu âlimler Kur'an'da sadece domuzun haram kılınmış olmasından, ayetteki genel iznin hadisle sınırlanamayacağı noktasından hareket etmişlerdir.¹⁹⁷

Eti yenen hayvanların tespitinde çerçeveyi en dar tutanlar Hanefiler, en geniş tutanların ise Malikîler'dir. Örneğin tilki, Hanefiler'den Ebû Yûsuf ve Muhammed'e, Şâfiîler'e, Hanbelîler'e ve bazı Mâlikîler'e göre helâl sayılmıştır. Yine bu değerlendirmeler çerçevesinde olmak üzere, ayı Hanefî ve Şâfiîler'e göre haram, Mâlikî ve Hanbelîler'e göre helâl kabul edilmiştir.

3.2. Su Ürünleri

¹⁹² Mâide 5/1; Hac 22/28, 30.

¹⁹³ Bakara, 2/173.

¹⁹⁴ Bk. İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, I, 479.

¹⁹⁵ Bakara, 2/173.

¹⁹⁶ Bakara, 2/173.

¹⁹⁷ Bk. İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, I, 480-481.

Kur'an-ı Kerim'de deniz avının ve denizden elde edilen yiyeceklerin helâl olduğu bildirilmiştir¹⁹⁸, Hz. Peygamber de deniz hakkında sorulan bir soruya “*Onun suyu temiz, meytesi (içinde ölen) helâldir.*” şeklinde cevap vermiştir.¹⁹⁹ Gerek bu açıklamalar gerekse hakkında özel bir hüküm bulunmayan konularda mubahlığın esas alınması ilkesi suda yaşayan hayvanlarla ilgili hükmün temelini teşkil eder. Buna göre;

1. Balık türleri bütün mezheplere göre helâldir, boğazlama işlemine de gerek yoktur. Şu var ki, Hanefiler'e göre kendiliğinden ölmüş ve su üzerine çıkmış balıklar yenmez.²⁰⁰

2. Balık türü dışında kalan (midye, yengeç gibi) su hayvanlarını yemek Hanefiler'e göre helâl değildir.²⁰¹ Diğer üç mezhebe göre ise, sadece suda yaşayan her türlü hayvan kendiliğinden ölmüş bile olsa yenebilir, helâldir.²⁰²

Yukarıdaki hükümleri verirken Hanefiler Mâide suresinin 3. ayetinde geçen “meyte” lafzını mutlak şekilde yorumlamışlar, ayrıca balık dışındaki türleri “habâis” (iğrenç şeyler) kapsamında kabul etmişlerdir. Fakihlerin çoğunluğu Mâide suresinin 96. ayetindeki “deniz avı” ifadesinin umumunu (kapsamlı oluşunu) esas almışlar ve ayrıca Hz. Peygamber'in “*Denizin suyu temiz, ölüsü helâldir.*” anlamındaki hadisine dayanmışlardır.

3.3. İçeceklerde Helal ve Haramlar

İçecekler de genel olarak yiyecekler gibi helaldir. Ancak “içki” kelimesi, sözlük anlamı itibariyle içilebilen bütün sıvı maddeleri kapsamakla birlikte hem dinî literatürde hem de örfî kullanımda, içilmesi din tarafından yasaklanan veya dinî hükmü tartışmalı olan sarhoş edici sıvı maddelerin özel adı olmuştur.

Dinin, canın, aklın, neslin ve malın korunması İslam'ın beş aslî ilkesi sayılmış, bunu sağlamaya yönelik olarak Kur'an ve sünnette birtakım emir ve yasaklar getirilmiştir. Bu nedenle İslam dini sarhoşluk veren, aklî ve ruhî dengeyi bozan, sinir sistemini uyuşturan maddelerin kullanımını yasaklamıştır.

Kur'an'da bu konuyla ilgili olarak şöyle buyrulur: “*Ey iman edenler! Şarap, kumar, dikili taşlar (putlar), fal ve şans okları birer şeytan işi pisliktir. Bunlardan uzak durun ki kurtuluşa eresiniz. Şeytan şarap ve kumar yoluyla aranızda düşmanlık ve kin sokmak, sizi Allah'ı anmaktan ve namazdan alıkoymak ister. Artık bunlardan vazgeçtiniz değil mi?*”²⁰³ Bu ayet içki konusunda nazil olan en son ayettir. Kur'an bu konudaki yasaklamayı insanları buna hazırlayarak tadrîci bir şekilde getirmiştir. Hz. Peygamber de, “*Her sarhoşluk veren şey hamrdır (şarap), her hamr da haramdır.*”²⁰⁴, “*Çoğu sarhoş eden şeyin azı da haramdır.*”²⁰⁵ sözleriyle bu yasağın özü ve kapsamı konusuna açıklık getirmiştir.

¹⁹⁸ Mâide, 5/96; Fâtır, 35/12.

¹⁹⁹ Ebu Davut, Tahâret, 41.

²⁰⁰ Mevsilî, *El-İhtiyâr*, IV, 248.

²⁰¹ Mevsilî, *El-İhtiyâr*, IV, 247.

²⁰² İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, I, 483;

²⁰³ Mâide, 5/90-91.

²⁰⁴ Buharî, Edeb, 80; Müslim, Eşribe, 73.

²⁰⁵ Tirmizî, Eşribe, 3.

Fakihlerin önemli bir kısmı, yukarıda zikredilen hadisten de hareketle, azı ve çoğu sarhoş eden her türlü içkiye, hangi maddeden üretilirse üretilsin, hamr deneceği, ayetteki hamr yasağının bu tür içkilerin hepsini kapsadığı görüşündedir. Şâfiîler'in çoğunluğu ile Hanefiler ile bazı Mâlikîler sadece üzümünden elde edilen sarhoş edici içkiye hamr denmesinin doğru olacağını söylerler. Ancak adlandırmayla ilgili bu görüş ayrılığı, üzümünden elde edilen şarapla diğer içkilerin haramlığının hangi delile ve metoda dayandığına açıklama getirmesi yönüyle gündeme gelmektedir. Birinci gruba göre bütün sarhoş edici içkiler Kur'an'ın açık ve kesin hükmüyle yasaklanmıştır. İkinci grup Kur'an'da sadece şarabın haram kılındığı, diğerlerinin ise Hz. Peygamberin açıklamasıyla ve şaraba kıyas edilerek haram olduğu görüşüne sahiptir.

3.4. Uyuşturucular

Esrar, afyon, eroin, kokain, morfin, bonzai gibi uyuşturucu maddeler, alkollü içkilerin vücutta meydana getirdiği tesiri fazlasıyla taşımakta, toplumda yol açtığı zararlar ise daha fazla görülmektedir. İslam'ın emir ve yasaklarındaki genel amaçlar dikkate alındığında bu konudaki yasağın sadece şaraba veya belirli alkollü içkilere mahsus olmadığı görülür. Zira aklî ve ruhî dengeyi bozan, sinir sistemini uyuşturup beynin işlevlerini etkileyen, kişinin irade ve düşünme gücünü tamamen veya kısmen yok eden her türlü keyif verici uyuşturucunun da aynı yasak kapsamına girdiği açıktır.

3.5. Sigara ve Benzerleri

Tütün 15. asırdan sonra İslam ülkelerine girmiş, o zamandan beri de İslam uleması tütünün hükmü üzerinde durmuşlardır. Bu konudaki görüşleri üç maddede özetlemek mümkündür:

1) Tütünün mubah olduğunu söyleyenler zararı olmadığı ve Şârî' tarafından yasaklanmadığı deliline dayanmışlardır. Hâlbuki:

a) Sigaranın zararı bugün ilmen, kesin olarak bilindiği için zararsız denemez.

b) Şârî'in menetmediğini söylemek de isabetli değildir. Çünkü Şârî' her haramı ismen zikretmemiştir. Naslarda geçenlerin haram kılınış sebeplerine (illetlerine) bakılarak yapılan kıyaslar ve diğer istidlâl yolları vardır.

2) Sigara içmek mekruhtur diyenlerin dayanağı, kıyasla sabit bir hükme "haram" demekten çekinmeleri ve sigaranın zararları hakkında kesin bilgi sahibi olmamalarıdır.

3) Sigara içmek (özellikle tiryakilik) haramdır diyenlerin dayanağı zarar, israf ve nafaka mükellefiyetidir.

Zarar: Sigara hem içenin sıhhatine hem de yanında bulunanların sıhhat ve rahatına zarar vermektedir. Rasûl-i Ekrem (s.a.v.): *"Ne doğrudan ne de karşılık olarak zarar*

vardır."²⁰⁶buyurarak zarar vermeyi yasaklamıştır. Allah Teâlâ da "... *Kendinizi elinizle tehlikeye atmayın...*"²⁰⁷ "... *Kendinizi öldürmeyin...*"²⁰⁸ buyurmuştur.

İsraf: İsraf malı faydasız yere harcamaktır: "... *Yiyiniz, içiniz, israf etmeyiniz.*"²⁰⁹ ayeti ile "*Peygamber (s.a.v.) malın boşa harcanmasını yasakladı.*"²¹⁰ hadisi israfı haram kılmaktadır.

Nafaka mükellefiyeti: Kocalar, babalar ve muhtaç yakınlarına bakan erkekler nafaka ile mükelleftirler. Bundan keserek sigaraya para vermek haramdır.

Netice olarak denebilir ki: Bu üç sebepten birisinin gerçekleştiği yer, zaman ve durumda sigara içmek haramdır. Bunlar gerçekleşmez ise mekruhtur. Her iki durumda da sigaranın içilmemesi, terkedilmesi dince gereklidir. Nargile ve enfiye gibi alışkanlıkların hükmü de sigara alışkanlığı gibidir.²¹¹

4. Giyinme ve Süslenmede Helal ve Haramlar

Canlılar içinde insana özgü bir davranış olan giyinmenin, örtünme ve güzel görünme şeklinde iki temel gayesi vardır. "*Ey Âdemoğulları! Size avret yerlerinizi örtecek giysi ve süslenecek elbise verdik...*"²¹² ayeti bu duruma işaret eder. Bu gayenin gerçekleşmesinde İslam dini, insanların zaaf ve temayüllerinin sapma noktasına varmasını ve toplumsal bünyenin bozulmasını önlemek amacıyla örtünme ve süslenme ile ilgili bazı temel ölçüler ve kısıtlamalar getirmiştir. Bunun dışında insanların kendi zevk, imkân ve kültürlerine göre giyinip kuşanmasına imkân tanınmıştır.

İslam dininin örtünme emri, ferdin ruh sağlığını, fitrî yapı ve onurunu, toplumun genel ahlâkını koruma, cinsler ve insanlar arası münasebetlerde dengeyi gözetme, insan haysiyetine yakışır bir cinsî hayat ve aile hayatı kurma gibi çeşitli gayelere yöneliktir. Örtünmede erkekle kadının farklı hükümlere tâbi olması da iki ayrı cinsin yaratılış özellikleri gözetilerek yapılmış bir ayırımdır.

Örtünmenin sınırı cinslere ve arada mahremiyetin (evlenme engeli sayılacak derecede yakınlığın) bulunup bulunmamasına göre farklılık taşıyabilir. Bunun için de fıkhîta örtünme; namazda örtünme, yakınlarla ve yabancılara karşı örtünme şeklinde üç ayrı açıdan ele alınabilir.

²⁰⁶ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 5/327.

²⁰⁷ Bakara, 2/195.

²⁰⁸ Nisâ, 4/29.

²⁰⁹ A'râf, 7/31.

²¹⁰ Buhârî, Zekât, 18.

²¹¹ Karaman, *Günlük Hayatımızda Helaller ve Haramlar*, s. 46-47; Kardâvî, *İslâm'da Helâl ve Haram*, s. 87-88.

²¹² A'râf, 7/26.

Erkeğin namazda örtülmesi gereken yeri ile namaz dışında erkeklere ve karısından başka kadınlara karşı avret yeri, göbük ile diz kapağı arasında kalan bölgedir. Kadınların kadınlara ve mahremlerine yani aralarında devamlı evlenme engeli bulunan erkek

DİĞER MEZHEPLER

Mâlikî ve Hanbelî mezheplerinde ağırlıklı görüş, kadının mahremi erkekler yanında el, yüz, baş, boyun, kol, ayak ve baldır hariç bütün vücudunun avret olduğu ve örtülmesinin gerektiği yönündedir.

akrabasına karşı avret yeri, Hanefî ve Şâfiîler'e göre erkeğin erkeğe karşı avret yeri gibidir.

Kadının yabancı erkekler yani mahremi olmayan erkekler karşısında avret yeri yüzü, el ve ayakları hariç bütün vücududur. Bu Hanefî mezhebinin görüşü olup diğer fıkıh mezheplerine göre kadının ayakları da avrettir.²¹³

Erkeğin ve kadının örtünmesiyle ilgili Kur'an'da ve Sünnet'te yer alan hükümler genellikle ilke bazında ve ahlâkî bir referansla ele alındığı ve özellikle kadınlar için bazı hükümler getirildiği, sünnette ayrıca ilâve bazı kurallardan da söz edilip bazı ayrıntıların verildiği görülür. Kur'an konuyla ilgili olarak hem erkeklerin hem de kadınların gözlerini harama bakmaktan sakınmaları, ırzlarını korumalarını istemektedir.²¹⁴ Ayrıca kadınların, görünen kısımlar müstesna olmak üzere ziynetlerini teşhir etmemeleri, başörtülerini (humur) yakalarının üzerine örtmeleri ve mahremleri hariç ziynetlerini başkalarına göstermemeleri istenmiştir.²¹⁵ Yine Kur'an-ı Kerim'de, kadınların bir ihtiyaç için dışarı çıktıkları zaman dış örtülerini (cilbab) üstlerine almaları istenir ve bunun onların tanınıp incitilmemesi için gerekli olduğu vurgulanır.²¹⁶ Ancak bu ayetlerde, örtünme için belli bir şekil şartı ve model önerilmediği görülür.

Diğer taraftan giyinmenin hükmü kişinin maksadına göre de farklılık göstermektedir. Şöyle ki; avret mahallini örtecek kadar giyinmek farzdır. Buna ilaveten ziynet olması bakımından giyinmek müstehaptır. Kibirleşmek üzere giyinmek ise mekruhtur.²¹⁷

Hz. Peygamber'in sünnetinde örtünmenin dinî ve ahlâkî cephesi sürekli vurgulanmış, giyim ve kuşamda sadelik, tabiiyet ve temizlik tavsiye edilmiştir. Elbisenin vücudun hatlarını belli etmemesi ve içini göstermemesi üzerinde durulmuş, cinsler arası farklılık ve diğer din mensuplarına benzememe ilke olarak benimsenmiş, erkek ve kadının örtünme sınırlarıyla ilgili olarak da fikhî görüşlere kaynaklık yapacak birtakım ölçü ve açıklamalar yer almıştır. Meselâ bir hadiste Hz. Peygamber şöyle buyurur: *“Cehennemliklerden iki sınıf vardır ki, ben onları dünyada görmedim: Birincisi ellerindeki öküz kuyruğu gibi kırbaçlarla halkı kırbaçlayan kimselerdir. İkincisi giyinmiş çıplak, kalçasını oynatarak, kırılarak, salınarak yürüyen, başları deve hörgücü gibi kadınlardır. Bunlar cennete giremezler, onun kokusunu*

²¹³ Ali el-Kâri, *Fethu Bâbi'l-Inâye*, III, 14-15.

²¹⁴ Nûr, 24/30-31.

²¹⁵ Nûr, 24/31.

²¹⁶ Ahzâb, 33/59.

²¹⁷ Mevsilî, *El-İhtiyâr*, IV, 189-191.

da alamazlar. Hâlbuki onun kokusu çok uzun mesafelerden alınır.”²¹⁸Bir başka hadiste de Resûl-i Ekrem ince bir elbise giymiş olan baldızı Esmâ’ya “*Ey Esmâ! Bulûğa erdikten sonra kadının -yüz ve ellerine işaret ederek- şu ve şundan başka yerlerinin görülmesi doğru olmaz.*”²¹⁹buyurmuştur.²²⁰

4.1. Altın, Gümüş ve İpek Kullanımı

Halis ipek veya malzemesinin çoğu ipek olan giyecekler ile altını erkeğin giyecek, süs ve eşya olarak kullanması haramdır.²²¹ Hz. Peygamber (s.a.v.) ipeği sağ eline ve altını sol eline alarak “*Bu ikisi ümmetimin erkeklerine haramdır.*”²²²buyurmuşlardır. Ancak bu maddelerin tıbbi zorunluluk nedeniyle kullanılması caiz görülmüştür. Altın ve gümüşü kadının yalnızca ziynet eşyası olarak kullanmasına izin veren İslam’ın erkeklerine bunu haram kılmasının hikmetleri vardır:

a) Bu iki maden ve özellikle altın asırlar boyu ya doğrudan doğruya para olarak yahut da para karşılığı teminat olarak kullanılmış, ekonomide büyük rol oynamıştır. Bunların daha geniş bir kitle tarafından ziynet için ve eşya olarak kullanılması ekonomiyi menfi yönde etkileyecektir.

b) Bunların ziynet ve eşya olarak kullanılması topluma faydalar sağlayacak olan büyük bir sermayenin atıl kalmasına sebep olmaktadır.

c) Allah’ın erkekler için takdir buyurduğu fitrat ve karakter altın ve ipekle süslenmeye muhtaç ve uygun değildir.

d) Üste, başa; ele ayağa; eve-barka serilmiş servetler dikkat, gıpta ve haset oluşturarak sosyal adâlet duygusunu rencide eder, fesada sebep olur.

e) İslam insanın maddî hayatı ile ruhi ve manevi hayatı arasında ideal bir dengeyi hedef almıştır. Dışa bu ölçüde ihtimam ruhi hayatı zedelemekte, tekâmülü engellemektedir.

Kadına gelince, onun fitratı süse ve ziynete daha elverişlidir; diğer vasıflar yanında erkekte yiğitlik, kadında güzellik aranır. Kadını ziynetten menetmek onun fitratına ters düşer ve ağır gelir. Şari onlara bu konuda ruhsat vermiş, fakat yabancı erkeklerden sakınmalarını emretmiştir.²²³

4.2. Kolonya ve Alkollü Madde Kullanımı

Kolonya, güzel koku ve temizlik gibi amaçlarla yaygın bir kullanıma sahip alkol ihtiva eden sıvı bir maddedir. Kolonya, parfüm, deodorant, sprey gibi maddeleri kullanmanın dinî hükmüyle ilgili tartışmanın sebebi, bu

DİĞER MEZHEPLER

Kolonyayı necis çerçevesinde mütalaa eden Şâfiî mezhebine göre kolonyanın içilmesi haram, değdiği yer ise necistir.

²¹⁸ Müslim, Libâs, 125.

²¹⁹ Ebû Dâvûd, Libâs, 31.

²²⁰ Heyet, *İlmihal*, II, 70-73.

²²¹ Mevsilî, *El-İhtiyâr*, IV, 122, 125; Ali el-Kâri, *Fethu Bâbi'l-Inâye*, III, 9-10.

²²² Ebu Davud, Libâs, 4, 9, 11; Nesâî, Zineh, 40, 43, 45; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 1/96, 4/392.

²²³ Karaman, *Helaller ve Haramlar*, s. 49-50; Kardâvî, *İslâm'da Helal ve Haram*, s. 91-5.

maddelerin az veya çok alkol ihtiva etmekte oluşudur.

Kolonyanın içilmesi dışında temizlik, serinleme, güzel koku gibi değişik amaçlarla kullanılması hususunda farklı görüşler vardır. Bu farklı görüşlerin kaynağı ise, sarhoş edici özellik taşıyan içkilerin bizzat kendilerinin necis olup olmadığı tartışmasıdır. Şarap dışındaki alkollü içkiler bizzat necis olmayıp, içilmeleri haramdır. Fakat elbiseye veya namaz yerine dökülmeleri namazın sıhhatine mâni değildir. Kolonya da bu hükmün içerisine girer. İçmemek kaydıyla değişik amaçlar için kullanılmasında Hanefî mezhebine göre bir sakınca yoktur.

5. Spor, Sanat, Oyun ve Eğlence İle İlgili Helaller ve Haramlar

5.1. Spor

Spor, kişinin beden ve ruh sağlığını geliştiren, bireysel veya toplu olarak belli kurallar çerçevesinde gerçekleştirilen beden hareketleridir. Beden terbiyesi yanında spor hoşça vakit geçirmeyi, oyun ve eğlenceyi de kapsayan geniş bir kavramdır. Sporla kişinin; beden güçlenmesi, hareket kabiliyetinin artması, ani karar verme yeteneğinin gelişmesi ve güzel bir ahlâka sahip olması amaçlanır.

Spor insanın biriken enerjisini boşaltmasını, rahatlama, günlük hayatın gerginlik ve sıkıntılarından kurtulmasını sağlar. Spor, özellikle enerjisini sporla değerlendiren gençleri genellikle kötü alışkanlıklardan uzak tutar. İslam dininin içki, kumar, uyuşturucu, fuhuş gibi zararlı alışkanlıkları yasakladığı dikkate alınır bu tür kötülöklere karşı koruyucu bir işlevi olan spor faaliyetlerinin dinen de makbul sayılması gerektiği ortaya çıkar.

Sevgili peygamberimiz, kendi döneminde geçerli olan bazı spor şekillerini tasvip ve teşvik etmiştir. Bizzat kendisinin, eşi Hz. Âişe ile birlikte koşuda yarıştığı²²⁴ ve Rükâne ile güreş tuttuğu²²⁵ bilinmektedir. O dönemde güçlü olmanın vazgeçilmez şartı olarak okçuluğu²²⁶ ve biniciliği teşvik etmiştir.²²⁷ Bir babanın çocuklarına karşı vazifeleri arasında onları helâl rızıkla besleme yanında, onlara yazı yazmayı, atıcılığı ve yüzmeyi öğretmeyi sayarak²²⁸ sporun önemine dikkat çeken Peygamberimiz (s.a.v.) bu spor dallarından bir kısmına bizzat iştirak etmiş²²⁹, bazılarını seyretmiş ve bazılarında ise kazananları ödüllendirmiştir.

Sporla temel ölçü, İslam'ın inanç ve ibadet ilkelerine aykırı olmamaktır. Zira İslam'ın bir yasağının çiğnenmesine, bir buyruğunun terkedilmesine yol açan spor dâhil bütün faaliyetlerin yasak olacağı açıktır. Bu temel ölçü yanında genel duruma, oynanan oyunun zaman ve zeminine, tarafların özel konum ve durumlarına ve spor dalının mahiyetine göre

²²⁴ Ebu Davud, Cihâd, 68.

²²⁵ İbn Hişâm, Siyer, I, 390-391.

²²⁶ Buharî, Cihâd, 78.

²²⁷ Nesâî, Hayi, 16.

²²⁸ Münavî, Feyzû'l-kadîr, III, 393.

²²⁹ Ebû Dâvud, Cihâd, 67.

ek ölçü ve tavsiyeler söz konusu olabilir. Ayrıntılar bir tarafa genel anlamda spor faaliyetlerine katılan kişilerin şu temel ilkelere uyması gerekir.²³⁰

1. *Dürüstlük*: Hz. Peygamber'in imandan sonra en üstün erdem olarak gösterdiği dürüstlük ilkesi²³¹ spor için de geçerlidir. Müsabaka sırasında yapılan hileler İslam kültüründe spor ahlâkına aykırı görülmüştür. Günümüzde sayıları oldukça artan bireysel sporlarla takım oyunlarında pek çok hilenin yapıldığı görülmekte, bunların başında da doping gelmektedir. Doping hem sağlığa zararlı hem de sahtekârlık ve haksızlık içerdiği için ahlâka aykırıdır ve câiz değildir. Bu ilkeye göre sportmen denildiği zaman sadece kas geliştiren insan değil nezaket kurallarına uyan kimse anlaşılmaktadır.

2. *Adalet*: Sportif faaliyet bir başkasıyla yarışma tarzında olduğu takdirde daha iyi olanın, iyi oynayanın kazanmasını kabullenmek adalet ve hakkaniyet gereğidir. Kazandığında şırmamak ve taşkınlıklarda bulunmak, kaybettiğinde saldırgan tutum sergilemek evrensel spor anlayışı ile uyuşmadığı gibi İslâm ahlâkıyla da bağdaşmaz. Spor disiplini insana fedakârlığı, sabrı, kendini kontrol etmeyi ve tarafsızlığı öğretir. İnsan bir dalda zirveye ulaşsa bile sürekli orada kalması mümkün değildir. Hz. Peygamber, yarışlarda hep galip gelen Adbâ isimli devesinin bir bedevînin devesi tarafından geçilmesine üzülen ashabına her yükselen şeyi geriye döndürmenin ve alçaltmanın Allah'ın bir kanunu olduğunu söylemiştir.²³²

3. *Fıtrata aykırı olmamalı*: Özellikle kadınların gençliklerinde yaptıkları ağır sporlar zamanla onların fizik ve estetik yönden bozulmalarına yol açmaktadır.

4. *Şiddet içermemeli*: Boks gibi ölümlere yol açabilen spor dalları şiddeti teşvik edici mahiyettedir ve halen spor olup olmadığı tartışılmaktadır. Diğer taraftan spor yaparken veya bir spor galibiyetini kutlarken çevreye, tabiata ve cana zarar vermemek, insanları rahatsız etmemek spor ahlâkı bakımından olduğu gibi İslâmî açıdan da gereklidir.

5. *Dinin edep ve ahlak ilkelerine aykırı olmamalıdır*: Spor yapanların iffetlerini korumaları, sporu amacının dışına çıkararak müstehcenlik ve teşhirciliğin vasıtası haline getirmemeleri gerekir.

Bu ve benzeri ilkelerden hareketle İslam uleması dini şartları taşıması ve insanın huzuru ve rahatı için spor konusunda şu hususlara dikkat edilmesi gerektiğini vurgulamışlardır:

- Spor öncelikle insanlık onur ve haysiyetini hiçe sayacak içerikten uzak olmalıdır bu nedenle oynarken ve seyrederken kötü sözlerin söylenmesine meydan verilmemelidir.
- Oynayanların ve seyredenlerin eğitimlerini ve zaruri işlerini terk etmeye varacak kadar zaman israfına yol açmamalıdır.
- Oynanan oyunlar hiçbir şekilde (spor toto, spor loto ve altılı ganyan gibi) kumara alet edilmemelidir.
- Namaz ve oruç gibi farz ibadetlerin zamanında yapılmasına engel olmamalıdır.

²³⁰ Nebi Bozkurt, "Spor", *DİA*, XXXVII, 418-420.

²³¹ Müslim, İman, 95.

²³² Buhârî, Rıfâk, 38.

- İnsanın bedenen zarar görmesine ve ölümüne sebep olacak kadar tehlike arz etmemelidir.
- Çevreyi rahatsız edecek kadar aşırılıklara meydan vermemelidir.
- Kıyafet ve sair noktalarda, Kur'an ve sünnetle ruhsat verilen ölçülerin dışına çıkmamalıdır.
- Kadın erkek karışık olmamalıdır.²³³

5.2. Resim ve Heykel

İslam'da resim ve heykelle ilgili olumsuz bir tutum söz konusudur. Hatta yasak yönü ağır basmaktadır. Bu yasağın gerekçesi olarak, Hz. Peygamber'in, "*Allah, suret yapanlara, yaptıkları suretlere ruh üfleyinceye kadar azap edecektir. Ruh üflemleri de zaten mümkün değildir*" ve "*Kıyamet gününde en şiddetli azaba çarptırılacak olanlar Allah'ın yaratmasına -yaratıklarına- benzemeye çalışanlardır.*" gibi hadislerden hareketle, yaratma hususunda Allah'a benzemeye çalışma hususu gösterilmiştir. Bu gerekçelendirme yanlış olmamakla birlikte öyle görünüyor ki, suret yasağının asıl illeti, İbnü'lArabî'nin de isabetle belirttiği gibi şudur: Câhiliye Arapları'nın putlara tapma âdetleri vardı ve bu putları kendi elleriyle tasvir edip sonra bunlara tapıyorlardı. İslâmiyet, puta tapmaya vesile olan şeyleri kaldırmak suretiyle tevhit sisteminin korunmasında titizlik göstermiştir. Buna o dönemde haçın Hristiyanların hayatındaki konumunu da eklemek gerekir. Bu itibarla, resim ve heykel hakkındaki yasaklamanın ana sebebinin, bunlara tapınma endişesi olduğu söylenebilir. İslam dini, tevhit dinidir. Araplar, kendi elleriyle çizdikleri ve şekillendirdikleri resimlere ve putlara tapıyorlardı. Hz. Peygamber, bu metotla Araplar'a eski alışkanlıklarını hatırlatacak şeyleri sedd-i zerîa kabilinden olmak üzere yasaklamıştır. Resim hakkındaki hadislerden anlaşıldığına göre Resûlullah (s.a.v.) önceleri, tevhit inancı ruhlara yerleşinceye kadar resim hakkında titiz davranmış, sonraları mahzuru olmayan noktalarda ruhsatlar vermiştir.

İslam âlimleri resim ve heykel yasağının gerekçesini dikkate alarak ağaç, dağ, taş gibi manzara resimlerinin çizilmesinin ve kullanılmasının, aynı şekilde insan bedenini tam olarak yansıtmayan heykelin mubah olduğunu ifade etmişlerdir. Günümüzde de resim yapmanın ve resimli eşya kullanmanın, tevhit inancına aykırı bir sonuca götürme durumu veya endişesi olmadığı sürece, ilk dönemlerdeki yasağın kapsamına girmediği ve dolayısıyla haram olmadığı söylenebilir. Diğer taraftan resmin konusuna, ressam veya resmi kullananın maksadına ve kullanıldığı yere göre hüküm değişebilir. Örneğin, mukaddes sayılan, tapınılan, ulûhiyet izafe edilen şeylerin resimlerini yapmak ve kullanmak haramdır. Aynı şekilde ahlâka aykırı olan çıplak insan resimlerini yapmak ve kullanmak da haramdır.

Fotoğraf çekmek ve kullanmak da resim hükmündedir. Hatta zaman zaman bazı iş ve işlemlerde ihtiyaç duyulmasından dolayı cevazı daha da kuvvetlidir. Ancak fotoğrafın

²³³ Münir Kuşçuzade, Sünnette Spor, International Journal of Science Culture and Sport (IntJSCS), August 2015, Special Issue 4, s. 397.

konusu ve maksadı yine önemini muhafaza etmektedir. Normal durumlardaki avret ölçüleri fotoğraflarda da geçerlidir.

Hanefiler, üzerinde insan veya hayvan resmi bulunan yaygı üzerinde namaz kılmada bir sakınca olmadığını belirtmişlerdir. Ancak, resme ibadet etmeye benzeyeceği için yaygıdaki resimler üzerine secde edilmemesi tavsiye edilmiştir. Yine bu resimler, kişinin önünde asılı olarak bulunurken namaz kılmanın mekruh olduğu söylenmiştir. Resimli elbise giymek mekruh görülmekle birlikte, bu elbise içinde kılınan namaz sahihtir.²³⁴

5.3. Medya

Gazete, televizyon, internet gibi iletişim araçlarının oluşturduğu medya hem göze hem de kulağa hitap eden önemli birer haber, öğretim, eğitim ve eğlence vâsıtasıdır. Bu gibi vâsıtaların kendilerine haram demek mümkün değildir. Onlarda gösterilen ve duyurulan şeylere bakarak hüküm vermek gerekir. Sayfa ve ekranlarında daha ziyade İslam inanç, ahlâk ve ahkâmına aykırı paylaşımlar bulunan, filmler gösterilen, programlar yapılan ve reklâmlar sunulan medya organlarını takip etmenin caiz olmayacağı aşikârdır. Ayrıca bu iletişim araçlarıyla zamanı boşa harcamak, kişi onur ve haysiyetine yakışmayan, İslam dininin ön gördüğü mahremiyet kurallarını hiçe sayan yazılar yazıp paylaşımlarda bulunmak da haramdır. Ancak bu güçlü iletişim vâsıtalarını hayra âlet etmek; iyi, doğru ve güzel olanı göstermek ve duyurmak maksadıyla kullanmakta bir sakınca yoktur ve bu tavsiye de edilmektedir.

5.4. Müzik

Musikiyi oluşturan iki ana unsurdan birisi ses (vokal) diğeri de söz (güfte)'dür. Buiki özellik insanın en önemli vasıflarından olup, duygusunu ifade etmek için çokkiymetlidir. Zira insan bazen duygularını konuşarak ifade ettiği gibi bazen de “teganni ve terennüm (nağme ve müzikli söyleme) ile etmektedir. Dolayısıyla insan için konuşma ne kadar fitrî ise duyguların ifade edilmesinde bu derece önemli rol oynayan musiki de o kadar fitrîdir.

İnsan fitratına en uygun olan İslam dini, onun makul olan her türlü duygu ve isteklerini yerine getirebilmesine imkân tanımıştır. Diğer taraftan insandabulunan istidat ve kabiliyetlerin geliştirilmesini ve olgunlaştırılmasını isteyen İslam dini, bu özelliklerin yerli yerinde kullanılmasını tavsiye eder. İnsanın güzel sanatlarakarşı olan ilgisine, İslam dini daima meşru ve tatmin edici yolları göstermiş ama hiçbir zaman bu konularda onun karşısına bir engel olarak çıkmamıştır.²³⁵

²³⁴ Heyet, *İlmihal*, II, 102-104.

²³⁵ Bayram Akdoğan, “İslâm’da Mûsikinin Hükümü Konusunda İleri Sürülen Ayet ve Hadislerin Tahlili”, *Harran Üniv. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, yıl: 14, sayı: 22, Temmuz-Aralık 2009, s. 110.

Musiki, tarihi süreçte İslam bilginleri tarafından sıkça tartışılan ve hakkında lehte ve aleyhte çok şey söylenen konular arasında yer almıştır. Naslarda doğrudan bir yasaklama olmadığından hareketle musikinin meşru olduğunu savunanların yanı sıra yine naslardan hareketle haram olduğunu söyleyenler de daima var olmuştur. Aleyhte olanlar öncelikle Lokman suresinin 6. ayetinde geçen “söz eğlencesi veya sözlü eğlence” (lehve'l-hadîs) ifadesiyle müziğin kastedildiği kanaatindedirler. Bu görüşte olanların dayandığı bir diğer delil de “*Ümmetim içerisinde gayri meşru ilişkiyi, ipeği, şarap ve meâzifi helâl sayan bir grup olacaktır.*”²³⁷ hadisidir. Zira bu grupta yer alan âlimler hadiste geçen “meâzif” kelimesini, bütün eğlence (lehv) aletleri olarak açıklar. Bu ve benzeri naslardan hareketle fukaha arasında da genel anlamda musikiye karşı olumsuz bir tavır görülmektedir. Nitekim musiki icrasının ve bunu dinlemenin haram olduğunu söyleyen Hanefiler, bu konuda en katı tutumu sergilemişlerdir.²³⁸

İmam Gazalî İhyâ isimli eserinde konuya geniş yer ayırarak bütün söylenenleri tahlil etmiş, delilleri karşılaştırmış ve şu neticeye varmıştır:²³⁹

Musiki ister ses ister âlet ile olsun tek hükme bağlı değildir: Haram, mekruh, mübah ve müstehab olabilir.

1) Dünya arzusu ve şehvet hisleri ile dolup taşan gençler için yalnızca bu duyguları tahrik eden müzik haramdır.

2) Vakitlerinin çoğunu buna veren, iştigâli âdet haline getiren kimse için mekruhtur.

3) Güzel sestem zevk alma dışında bir duyguya kapılmayan kimse için müzik mübahdır, serbesttir.

4) Allah sevgisi ile dolup taşan, duyduğu güzel ses kendisinde yalnızca güzel sıfatları düşündüren kimse için müstehaptır.

Gazalî incelemesini sürdürürken müziğin duruma göre ya mübah veya mendûb olduğunu, onu haram kılan şeyin kendisi değil, dıştan ârız olan beş sebepten ibaret bulunduğunu ifade etmiştir. Bunlar;

1) Şarkı söyleyen kadın olur, dinleyen de kadın sesinin şehvetini tahrik edeceğinden korkarsa dinlemek haramdır. Burada haram hükmü müzikten değil, kadının sesinden gelmektedir. Aslında kadının sesi haram değildir; ancak şehveti tahrik ederse haram olur.

DİĞER MEZHEPLER

Hanbelî mezhebi müziğin hükmü konusunda Hanefî mezhebi gibidir. İmam Şâfî ve Mâlik'ten ikişer görüş nakledilmiştir. Bunlardan birine göre bu iki imam müziği mekruh saymışlar, diğerine göre ise -yanında bir haram işlenmediği, harama âlet edilmediği takdirde- mübah görmüşlerdir. Zahiriyye mezhebi ise musikinın bütün nevileriyle mübah olduğunu savunmuşlardır.²³⁶

²³⁶ Karaman, *Helaller ve Haramlar*, s. 135-136; Süleyman Uludağ, *İslam ve Musiki*, Dergâh Yayınları, İstanbul 2015, s. 66-77.

²³⁷ Buharî, Eşribe, 6.

²³⁸ Ali el-Kârî, *Fethu Bâbi'l-Inâye*, II, 421; III, 24-25.

²³⁹ Bk. Uludağ, *İslam ve Musiki*, s. 251-260.

2) Müzik âleti içki meclislerinin sembolü olan âletlerden ise bunu kullanmak haram olur; diğerleri mübah olmakta devam eder.

3) Şarkı ve türkünün güftesi bozuk, İslam inancına ve ahlâkına aykırı ise bunu müzikli veya müziksiz söylemek ve dinlemek haramdır.

4) Gençliği icabı şehvî duyguların mahkûmu olan bir kimse aşırı derecede müziğe düşer, müzik onun yalnızca cinsî arzusunu tahrik ederse onun müzikten uzak durması gerekir.

5) Sıradan bir insanın müzik şehvetini de ilâhî aşkını da tahrik etmediği halde bütün vakitlerini alır, onu başka işlerden alıkoyarsa yine haram olur.²⁴⁰

Neticede müzik, İslam bilginleri tarafından çokça tartışılan ve hakkında lehte ve aleyhte çok şey söylenen konular arasında yer alır. Müziğin lehinde ve aleyhinde öne sürülen gerekçeler birlikte düşünüldüğünde müziğin mutlak olarak yasaklanmadığı, aksine mübah bırakıldığı sonucuna ulaşılır. Gerçekten de elde Kur'an ve Sünnet'te müzik dinlemenin haram olduğunu ve müzik dinleyenlerin günahkâr olacağını ispata yetecek malzeme bulunmadığı açıkça görülmektedir. Ancak, diğer mübahlar gibi müziğin de haramın işlenmesine vesile yapılmasına karşı çıkılmıştır. Bu itibarla içinde isyan, küfür veya İslam'ın hoş karşılamadığı sözler bulunan yahut cinsel tahrik, müstehcenlik gibi dinimizce hoş görülmemeyen şeylere yol açan müziğin söylenmesi ve dinlenilmesi kesinlikle uygun değildir.²⁴¹

5.5. Düğün

Düğün yapılmış olan bir evlenme akdinin akraba ve komşulara duyurulması, evlenen tarafların ve akrabalarının sevinç gösterisi ve bu sevincin eğlenceye dönüşerek komşu, dost ve arkadaşlarla paylaşılması için yapılır. Nikâh akdi hukukun alanına girerken, düğün geleneğin, örf-âdetin ve teamüllerin, kısaca sosyal ilişkileri düzenleyen kurallar alanında yer alır ve genel olarak içeriği gelenek tarafından oluşturulur, düzenlenir. Bu bakımdan temel ilkelere riayet şartıyla bir düğün töreninin nasıl olacağını din veya hukuk kuralları değil, gelenek belirler.

Evlenmenin duyurulması ve kutlanması yönünde Hz. Peygamber'in bazı tavsiyeleri olmuştur. Bunlardan biri evlenmenin def ile ilân edilmesi, bir diğeri de ziyafet verilmesidir. Bu tavsiyeler, evlenen çiftler ve yakınları için böylesine önemli bir olayın kutlanmasının ve duyulan sevincin paylaşılmasının tabii bir durum olduğunu göstermesi yanında, bir de özellikle ilân boyutu, durumun eşe dosta duyurulması ve çiftlerin beraberliğinin meşru bir beraberlik olduğunu ilân etme gibi bir fonksiyon da üslenir.²⁴²

İnsanlar öteden beri düğünlerde eğlenirler. Çocuklarının sünnet ve mürüvvetlerini görmek, onların en mutlu anlarıdır. Bu mutluluklarını başkalarıyla da paylaşarak çoğaltmak isterler. Bu hususta yanlış olan ölçüyü kaçırmak ve yerli yersiz kutlamalara kalkışmaktır.

²⁴⁰ Bk. Gazali (ö. 505/1111), Ebû Hamid, *İhyâu Ulûmi'd-Dîn*, II, 268-302; Karaman, *Helaller ve Haramlar*, s. 136-137.

²⁴¹ Heyet, *İlmihal*, II, 110-111.

²⁴² Heyet, *İlmihal*, II, 117.

Hâlbuki İslam'ın ön gördüğü temel ilkelere dikkat edilerek eğlenceli ancak ölçülü bir şekilde düğünler yapılabilir.

5.6. Şans Oyunları

İslam dini insanın aklını, canını, neslini, malını ve dinini korumak amacıyla ilkeler getirmiştir. Bunların titizlikle korunmasını istemiş, bu değerlere herhangi bir şekilde zarar verilmesinin önüne geçmiştir. Bu amaçla insanın akıl sağlığını olumsuz yönde etkileyen ve sağlığına zarar veren alkollü içeceklerin ve her türlü uyuşturucu maddelerin kullanımını yasaklamıştır. Malını korumak için de başta kumar olmak üzere bütün şans oyunlarını yasaklamıştır. Bu durum Kur'an'da şöyle geçmektedir: *“Ey iman edenler! Şarap, kumar, putperestçe uygulamalar, fal okları, şeytana ait murdar işlerdendir. Bunlardan geri durun ki felah bulasınız.”*²⁴³

Kumar; para, mal veya değerli bir eşya karşılığı oynanan bir şans oyunudur. Kumarda amaç başkasının parasını veya malını alarak kolay yoldan kazanç sağlamaktır. Bu da bir çeşit haksız kazançtır. Kumar oynamak, çalışmanın, alın teri ile kazanmanın değerini düşürür; çalışarak kazanmak yerine tembelliği ve hileyi teşvik eder. Kumarda kazandıkça veya kaybettikçe hırs artar. Kişiye, ailesine ve yakınlarına zarar verecek durumlar ortaya çıkar. Geçimsizlik, huzursuzluk ve kavgalara neden olur. Bu husus Kur'an-ı Kerim'de şöyle açıklanmaktadır: *“Şeytan, içki ve kumarla aranıza düşmanlık ve kin sokmak istediği gibi sizi Allah'ı anmaktan ve namazdan da alıkoymak ister. Artık vazgeçtiniz değil mi?”*²⁴⁴

İslam kumarı yasaklarken belli bir şeklini kastetmemiş, anlam ve neticesini hedef almıştır. Hangi âlet ve metotla oynanırsa oynansın, oyunun-önceden belli olmayan- sonunda taraflardan biri veya birkaçı kâr yahut da zarar ederse kumar gerçekleşmiş demektir. Ortaya iki taraf onar lira koyup, zar veya oyun kâğıdı ile en büyük rakam ve kozu bulan yirmi liraya sahip olur, diğeri kaybederse, kumardır; birçok kişi aralarında para toplayıp çekilecek kura veya yapılacak yarışma sonunda içlerinden bir kısmı buna sahip olacak diğerleri kaybedecekse kumardır.

Yukarıda mealini verdiğimiz Mâide suresinin 90-91. ayetleri hem kumarı haram kılmakta hem de bu hükmün hikmetlerini sıralamaktadır:

a) Müslüman hayat ve kazancı şansa ve tesadüfe değil, aldığı tedbirler ve verdiği emeğin sonucuna bağlamalıdır.

b) Başkasının malı haramdır; bunu almanın yolu ya çeşitli şekilleriyle mübadele veya bağış vesairedir; kumar haksız kazanç yoludur.

c) Kaybeden verdiği rızayı görünse bile, kalbinden müteessir bulunduğu ve kazanana kin, düşmanlık duyduğu şüphesizdir.

d) Kaybeden kazanmak, kazanan bu zevki yeniden tatmak için tekrar oynarlar ve bu hal giderek alışkanlık kazandırır, kişiyi kumarcı yapar.

²⁴³ Mâide, 5/90.

²⁴⁴ Mâide, 5/91.

e) Kumar ibadetlere engel olur.

f) Kumarın zararı fertlerde kalmaz, topluma sirayet eder; üretime katılmayan, işsiz, güçsüz, kumar oynamakla vakit öldüren kimselerin çoğalmasına sebep olur.²⁴⁵

Satranç ve Tavla

Satranç ve tavla, gibi oyunlar harama yakın mekruhtur.²⁴⁶ Bunlar kıymetli zamanın kaybolmasına sebep ve kumara itici olacağı için, iyi şeyler değildir. Yalnız İmam Şafiî, bir rivayete göre de İmam Ebu Yusuf satrancın mubah olduğunu söylemişlerdir. Fakat kumar bulaştırılmadığı gerek Allah'a gerek aile ve topluma karşı görevler aksatılmadığı, o sırada daha önemli ve gerekli bir şey ihmal edilmediği sürece satranç oynamanın dinen bir sakıncasının olmadığını söylemek mümkündür. Değilse, ittifakla haramdır.²⁴⁷

6. Hayvan Besleme İle İlgili Helaller ve Haramlar

Hz. Peygamber döneminde bazı sahabîlerin evlerinde kanarya veya serçe cinsinden kuş beslediği bilinmektedir.²⁴⁸ Yine Resûl-i Ekrem'in evinde vahşî hayvan beslediği, yalnızlıktan yakınan bir sahabîye de güvercin veya horoz beslemesini tavsiye ettiği rivayet edilir.²⁴⁹ Fakihler bu rivayetlerden hareketle, eziyet etmemek, aç ve susuz bırakmamak kaydıyla kafeste kuş beslenmesini câiz görmüşlerdir. Ayrıca o dönemde evlerde kedi beslendiği de bilinmektedir. Bu sebeple, köpek ve domuz gibi hakkında özel bir yasak bulunmadıkça ve belli başlı hayvan hakları ihlâl edilmediği, çevre için rahatsızlık ve kirlilik teşkil etmediği sürece evde hayvan beslemenin kural olarak câiz sayıldığı anlaşılmaktadır.²⁵⁰

Köpek Beslemek

Peygamberimiz (s.a.v.) şöyle buyuruyor: “*Av, tarla, bahçe, sürü köpekleri müstesna olmak üzere köpek besleyen kimsenin sevabından her gün bir miktar eksilir.*”²⁵¹ Diğer taraftan köpek bulunan eve meleğin girmediyini bildiren hadisler de²⁵² yukarıdaki hadise eklenince korunma ve avlanma gibi bir ihtiyaç bulunmadan evlerde köpek beslemek yasaklanmıştır.²⁵³

İlk bakışta hayvan sevgisinin bir uzantısı gibi algılanabilecek köpek besleme âdeti, esasında gerek insan sağlığı gerek ev içi ve çevre temizliği gerekse maddî imkânların israf edilmesi açısından önemli sakıncalar taşıdığı gibi, insanın sevgi ve ilgisini yanlış noktalarda yoğunlaştırarak insan ilişkilerini de zaafa uğratmaktadır. Köpeğin, kuduz hastalığına yakalanma ve onu bulaştırma açısından hayvanlar arasında ilk sırayı işgal ettiği, tüyü, salyası ve pisliğiyle de birçok hastalığın yayılmasında etkin rol oynadığı göz önünde

²⁴⁵ Karaman, *Helaller ve Haramlar*, s. 133-134.

²⁴⁶ Ali el-Kâri, *Fethu Bâbi'l-Inâye*, III, 24.

²⁴⁷ Bilmen, *Büyük İslâm İlmihâli*, s. 454.

²⁴⁸ Buhârî, Edeb, 81, 112; Müslim, Edeb, 30.

²⁴⁹ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, VI, 112.

²⁵⁰ Heyet, *İlmihal*, II, 175.

²⁵¹ Buhârî, Zebâih, 6; Müslim, Müsâkat, 46, 50, 56-58.

²⁵² Ebu Davud, Tahâret, 89; Buhârî Bedu'l-halk, 7, 17, Libâs, 77; Müslim, Libâs, 81.

²⁵³ Karaman, *Helaller ve Haramlar*, s. 58; Kardâvî, *İslâm'da Helal ve Haram*, 126-131.

bulundurulunca, İslam'ın ihtiyaç olmaksızın zevk ve süs için evde köpek beslemeyi yasaklamasının, köpeğin salya ve artığının necis olduğunu bildirmesinin hikmeti daha iyi anlaşılmaktadır.²⁵⁴

7. Gayrimüslimlerle İlişkilerde Helaller ve Haramlar

İslam tarihinin ilk dönemlerinden itibaren Müslümanlarla gayrimüslimler aynı toplum içinde hep bir arada yaşamışlardır. Bu konuda Müslüman toplumların önemli bir tecrübe birikimi vardır. Temelini Kur'an nasları ve Hz. Peygamber'in uygulamalarının oluşturduğu bu tecrübe klasik fıkıh geleneği içinde oldukça kapsamlı ve ileri bir "zimmî" (gayrimüslim vatandaş) hukukunun gelişmesini sağlamıştır. Fakat klasik fıkıh kitaplarında ağırlıklı olarak İslam toplumunda veya ülkesinde azınlık olarak yaşamakta olan başka dinlere mensup insanların hukuki statüleri ve tabi oldukları hukuk kuralları ele alınmaktadır. Hiç şüphesiz bu hükümlerin şekillenmesinde dinî nasların yanında ilgili dönemlerin tarihî ve konjonktürel şartlarının da belirgin bir etkisi olmuştur.

Eskiden olduğu gibi bugün de Müslüman toplumların çoğunda Yahudi, Hristiyan, Budist, Hindu, Zerdüş gibi farklı din ve inançlara mensup insanlar yaşamaktadır. Bununla birlikte çağımıza özgü yeni bir olgu daha ortaya çıkmıştır. O da gayrimüslimlerin hâkim çoğunluğu oluşturduğu toplumlarda çok sayıda Müslüman grupların yaşamaya başlamış olmasıdır. Klasik fıkıhta Müslüman toplumlarda yaşayan gayrimüslim gruplarla ilgili hükümler geniş bir şekilde ele alınmış, fakat bunun tersi yani Müslüman azınlıkların gayrimüslim toplumda yaşamasıyla ilgili hükümler pek fazla işlenmemiştir. Günümüzde Batıda özellikle Avrupa'da, Balkanlar'da ve Kuzey Amerika'da azımsanmayacak sayıda Müslüman bir nüfus yaşamaktadır. Üstelik bunların çoğu bu ülkelerde kalıcı olarak yerleşmiş, oraları yeni bir yurt ve vatan edinmişlerdir. Bu Müslümanlar gayrimüslim bir toplumda yaşamının getirdiği sosyal, kültürel ve dinî birçok problemle karşı karşıya kalmaktadırlar. Bu problemleri farklı ortam ve şartların ürünü olarak geliştirilen klasik fıkıh hükümleri ve yaklaşımları ile çözüme kavuşturmak da her zaman mümkün olmamaktadır. Bu yüzden bu tür problemlerin mevcut şartlara uygun yeni bir bakış açısıyla ele alınması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.²⁵⁵

Gayrimüslim, İslam dinine inanmayan (kâfir) kişi anlamına gelmektedir. Müslüman olmayan insanlar (kâfirler), Yahudi ve Hristiyanlar gibi ehl-i kitap; yani İslam'dan önce; bir zaman için Allah tarafından gönderilmiş bir Peygambere ve kitaba bağlı bulunanlar ile bunların dışında kalan müşrik, putperest ve dinsizler olmak üzere iki gruba ayrılır.

Gayrimüslimlerden ehl-i kitap ve bu kapsamda değerlendirilebilecek insanların temel hakları, yapmış oldukları zimmet sözleşmesi gereğince garanti altına alınmıştır. Bu temel hakların başında yaşama hakkı gelmektedir. Yaşama hakkı olmadan diğer haklar söz konusu olmadığı için yaşama hakkı en öncelikli hak kabul edilmektedir. Temel haklardan bir diğeri

²⁵⁴ Heyet, *İlmihal*, II, 177.

²⁵⁵ Tevhit Ayengin, "Gayrimüslimlerle İlişkiler", *Günümüz Fıkıh Problemleri*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 2010, s. 215-216.

de din özgürlüğüdür. Bu da insanca yaşamının ön şartlarından birisidir. Mülkiyet hakkı da bu kapsamda değerlendirilmektedir.²⁵⁶

Gayr-i Müslimlerle ilişkiler hususunda önemli bir diğer ilke olan adalet şu ayet-i kerimelerle ortaya konulmaktadır: *“Allah, sizinle din uğrunda savaşmayan ve sizi yurtlarınızdan çıkarmayanlara iyilik yapmanızı ve onlara âdil davranmanızı yasaklamaz. Çünkü Allah, adaletli olanları sever. Allah ancak, din konusunda sizinle savaşmış, sizi yurtlarınızdan çıkarmış ve çıkarılmanıza yardım etmiş olanlarla dostluk kurmanızı yasaklar. Kim onlarla dost olursa işte bunlar kendilerine yazık etmişlerdir.”*²⁵⁷ Ayetin açık ifadesine göre Müslümanlara karşı savaşmayan, düşmanca davranışlarda bulunmayan kâfirlere iyilikle ve adâlet ile muamele yapılmalıdır.

Kâfirler içinde ehl-i kitabın ve ehl-i zimmetin farklı bir konumu vardır: Ehl-i kitabın yiyeceği -bazı istisnaları dışında- Müslümanlara helâldir. Bir de ehl-i kitap kadınlarla Müslüman erkeklerin evlenmesi câizdir. İslam ülkesinin vatandaşı olmuş kâfirlere, arada bir ahid ve anlaşma (zimmet) olduğu için “zimmî, ehl-i zimmet” denir. Bunlar, din ve inanç dışında kalan muamelata dair sahalarda, Müslümanlarla eşit haklara sahiptirler. Bu statüye tâbi olan gayr-i Müslimlerin haklarını savunmayı bizzat Rasûlullah üzerine almıştır: *“Bizimle anlaşması olana (zimmî vb.) haksızlık eden veya gücünün üstünde yük yükleyen yahut da rızası olmadan bir şeyini alan kimse, kıyamet günü karşısında beni bulacaktır.”*²⁵⁸ Müslüman toplumlarda gayrimüslimler önemli bir kısıtlamaya maruz kalmadan özgürce çalışabilir ve ticari ilişkilerde bulunabilirler. Buna Müslümanlarla birtakım ortaklıklar kurma da dâhildir. Ancak birbirlerine varis olamazlar. Diğer taraftan savaşta ve barışta kâfirlerin bilgi ve gücünden faydalanmak caizdir. Onlarla hediyeleşmek, selâmlarını almak, hastalarını ziyaret etmek, alış-veriş yapmak caizdir. Hz. Peygamber ve ashabının tatbikatından bunların caiz olduğu anlaşılmaktadır. Ancak Müslümanlar, kâfirlerin dinlerine ve dinî davranışlarına katılma, benimseme, beğenme, özenme anlamı taşıyan davranışlardan sakınma hususunda titizlik göstermelidirler.²⁵⁹

Özet

Fıkıhta maslahata ve örfe binaen konulan hükümler maslahatın ve örfün değişmesiyle değişiklik gösterebilir. Bu değişim hükmün neshi veya iptali anlamında olmayıp belirli şartlarda uygulanması istenen hükmün o şartlar oluşmadığı için uygulanmaması anlamına gelir. Dinî hükümlerin ilahî nitelikli oluşu ve İslâm’ın kemâle ermiş olması, fikhın değişme ile bağdaşmaz gözüken özellikleri arasında görülür. Diğer taraftan İslâm dininin evrenselliği ve hükümlerin esnekliği ise fikhın değişmeye açık olduğunu gösterir. Fıkıhta özellikle kolaylık ve zaruret prensipleri hükümlerin esnekliğini sağlayan en önemli araçlardandır. Hükümlerde değişimin alanı ve sınırları “taabbüdü hükümler”de ve “ta’lîlî hükümler”de

²⁵⁶ Tevhit Ayengin, “Gayrimüslimlerle İlişkiler”, s. 229.

²⁵⁷ Mümtetine, 60/8-9.

²⁵⁸ Ebu-Davud, İmârah, 33.

²⁵⁹ Karaman, *Helaller ve Haramlar*, s. 152-153.

değişir. Tabbudî hükümler fikhın değişime kapalı alanlarını, ta'lîlî hükümler ise genişletilmeye ve değiştirmeye elverişli alanlarını teşkil eder.

DEĞERLENDİRME SORULARI

1. Yüz gerdirme, burun kaldırma veya bastırma, göğüsleri küçültme veya büyütme gibi estetik ameliyatlar ile ötanazinin ve kürtaj gibi tıbbi girişimlerin dinen yasaklanmış olmasının gerekçesi aşağıdakilerden hangisi olamaz?

- A) Tedavi amacı taşımama
B) Yetkisiz tasarruf
C) Allah'ın yarattığını değiştirme
D) Hekim tarafından yapılması
E) Haksız yere öldürme

2. Tıp ilminde gelişmiş bir tedavi yöntemi olarak görülen ve önemsenen organ nakli yöntemi, insan uzuvları üzerinde bir tasarruf olduğu için İslam fikhında da çok boyutlu bir şekilde tartışılmıştır. Bu yöntemin caiz olduğunu savunan âlimler bunun için bazı şartlar ileri sürmüşlerdir.

Aşağıdakilerden hangisi bu şartlardan biri değildir?

- A) Organ nakline zaruretin bulunması
B) Bağışçının Müslüman veya ehlikitap olması
C) Bağışçı veya varislerinin izin ve rızasının bulunması
D) Yeterli düzeyde tıbbi ve teknik şartların sağlanmış olması
E) Hastanın bu tedavi ile iyileşeceğine dair güçlü bir kanaatin oluşması

3. Ölümle sonuçlanmayan belli yaralama ve sakat bırakmalarda ödenmesi gereken ve miktarı belirlenmiş bulunan bedele ne ad verilir?

- A) Hükûmetü'l-elem
B) Hükûmet-i adl
C) Erş
D) Diyet
E) Erşü'l-elem

- I. Hataen işlenen müessir fiillerde
II. Kasten işlenen müessir fiillerde
III. Tesebbüben öldürmelerde
IV. Hataen öldürmelerde
V. Kasten Öldürmelerde

4. Yukarıdaki suçların kaç tanesinde diyet asli ceza konumunda değildir?

- A) 1
B) 2
C) 3
D) 4
E) 5

5. Bir bölgede işlenen faili meçhul cinayet sonrasında, o bölge halkından elli kişiye suçlu işlemediklerine ve katilin kimliğini bilmediklerine dair yemin ettirilir, ardından da maktulün diyeti o bölge halkına ödettirilir.

Yukarıda sözü edilen uygulama İslam Ceza Hukukunda aşağıdaki kavramların hangisiyle ifade edilir?

- A) Âkile
B) Kasame
C) Erş
D) Diyet
E) Ta'zir

6. Bazı hayvanların eti helal olduğu halde necis yiyeceklerle beslendikleri için haram olurlar veya temiz yiyeceklerle beslenmesi ve necasetten kurtulması için belli bir müddet bu hayvanlar hapsedilirler.

Yukarıda söz konusu edilen hayvanlar aşağıdaki kavramların hangisiyle ifade edilir?

- A) Zi nab
B) Murdar
C) Zi Mihleb
D) Celale
E) Behimetül enam

7. İslam âlimleri bazı şeylerin haram olduğu üzerinde ittifak ederken bazılarında ihtilaf etmişlerdir.

Aşağıdakilerden hangisinin haramlığı hususunda âlimler arasında ittifak yoktur?

- A) Leş (meyte)
B) Yahut akıtılmış kan
C) Domuz eti
D) Allah'tan başkası adına kesilen hayvan
E) Zî nab grubundan olan hayvanlar

8. İslam sadece bir şeyi ve davranışı haram kılmakla yetinmemiş, ona götüren ve haramla sonuçlanacak şeyleri de haram kılmıştır. Örneğin Hz. Peygamber tarafından içki içene, taşıyana, üretene ve servis edene yönelik yasak bu prensibin kaynağını oluşturur.

Yukarıdaki paragrafta söz konusu olan prensip aşağıdakilerden hangiidir?

- A) Sedd-i zerai
B) İbaheyi asliye
C) Zaruret
D) Taabbudilik
E) Şüpheli şeylerden kaçınma

9. Müziğin haramlığını savunan Hanefî ve Hanbeliler bu görüşlerini Kur'an-ı Kerim'de yer alan aşağıdaki kavramların hangisiyle delillendirmişlerdir?

- A) Mezaif
B) Habisat
C) Meyte
D) Müskirat
E) Lehve'l-hadîs

10. Gayrimüslimlerle ilişkiler konusunda aşağıda verilenlerden hangisi yanlıştır?

- A) Ehl-i kitap kadınlarla Müslüman erkekler evlenebilir.
B) Ehl-i kitabın kestiği Müslümanlara helaldir.
C) Gayrimüslimlerle Müslümanlar birbirlerine mirasçı olabilirler.
D) Gayrimüslimlerle helal mallar üzerinden ticaret yapılabilir.

E) Savaşta kâfirlerin bilgi ve gücünden faydalanılabılır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Abdullah Kahraman, “İslam’da Helâl ve Haram’ın Yeri ve Fıkıh Usulü Açısından Temellendirilmesi” *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 20, 2012.

-----, “Gıda Ürünlerinde Helâl ve Haramı Belirleme Yöntemi”, C. Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2012, cilt: XVI, sayı: I, s. 453-478

Abdurrahman Haçkalı, *Günümüz Fıkıh Problemleri*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, s. 176-196.

Abdülaziz Bayındır, *İslam Muhakeme Hukuku*, İslami İlimler Araştırma Vakfı, İstanbul, 1986.

Abdülkadir Udeh (ö. 1954), *Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşerî Hukuk*, (çev. Ruhi Özcan-Ali Şafak), Rehber Yayıncılık, I-IV, Ankara 1990.

Ahmet Ekşi, *İslam Hukukunda Bir Manevi Tazminat Türü Olarak Hükümetü’l-İlem*, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2013, sayı: 21, s. 215-234

-----, *İslam Tıp Hukuku*, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2011.

-----, “Tedavi Sürecinde İbadet (Namaz Örneği)”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 24, 2014.

Ahmet Özdemir, *Fıkhî Bilgi ve İlkeler Işığında Eşya Hukuku*, Henüz Basılmamış.

Ali Bardakoğlu, “Ceza”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Cilt: 7, s. 478-482

Ali Bardakoğlu, “Diyet”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Cilt: 9, s. 473-479.

Ali Bardakoğlu, “Kasame”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Cilt: 24, s. 528-530.

Ali Kaya, *Güncel Fıkhî Konular*, Bursa: Emin yayınları, 2017.

Arslan Terzioğlu, “Bîmâristan”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, Cilt: 6, s. 163-178.

Bayram Akdoğan, “İslâm’da Mûsikinin Hükmü Konusunda İleri Sürülen Ayet ve Hadislerin Tahlili”, *Harran Üniv. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, yıl: 14, sayı: 22, Temmuz-Aralık 2009, s. 110.

Beşir Gözübenli, “Şirket” *TDV İslam Ansiklopedisi*, cilt: 39, sayfa: 198-201.

Cevdet Yavuz, “Dava”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Cilt: 9, s. 12-16.

Din İşleri Yüksek Kurulu Kararı, “Estetik Ameliyat”, <http://www2.diyanet.gov.tr/dinisleriyuksekkurulu/Sayfalar/EstetikAmeliyat.aspx> (erişim: 01.06.2014).

Ebu Abdullah Muhammed Hâkim en-Nîsâbüri, *el-Müstedrek ale’s-sahiheyn*, Daru’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut, 1990.

Fahrettin Atar, “Kaza”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Cilt: 25, s. 113-117.

- Ferhat Koca, “İkrar”, TDV İslâm Ansiklopedisi, Cilt: 22, s. 38-40.
- Gökçe Banu Acar, “Tele-Tip Uygulamaları ve Hemşireliğe Yansımaları”, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Hemşirelik E Dergisi/ hdergi.ybu.edu.tr/index.php/e-dergi/article/download/5/pdf_4, erişim: 29.01.2015).
- Hacı Yunus Apaydın, “Şahit”, TDV İslâm Ansiklopedisi, Cilt: 38, s. 278-283.
- Halit Çalış, Eşya Hukuku, (İslam Hukuku El Kitabı İçinde Bölüm), Ankara: 20017, s. 399-417.
- , Borçlar Hukuku, (İslam Hukuku El Kitabı İçinde Bölüm), Ankara: 20017, s. 421-456.
- Hamdi Döndüren, Ticaret ve İktisat İlmihali, İstanbul: Altınoluk, 1993.
- Hamza Aktan, “Akile”, TDV İslâm Ansiklopedisi, Cilt: 2, s. 248-249.
- Hasan Hacak, “Milk”, TDV İslam Ansiklopedisi, cilt: 30, sayfa: 62-64.
- , “Mal”, TDV İslam Ansiklopedisi, cilt: 27, sayfa: 461-465.
- Hayrettin Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku I-III, İstanbul 1991.
- , *Anahatlarıyla İslâm Hukuku I-III*, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2008.
- , *Günlük Hayatımızda Helâller ve Haramlar*, İz Yayıncılık, İstanbul, 2007.
- , Mukayeseli İslam Hukuku, İstanbul: İz Yayıncılık, 2006.
- İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, (thk. Muhammed Mutî el-Hâfız), Dâru'l-Fikr, Dimeşk, 1983, s. 121-129.
- Mehmet Akif Aydın, “Anayasa” TDV İslam Ansiklopedisi, cilt:3, sayfa: 153-164.
- , “Borç” TDV İslam Ansiklopedisi, cilt: 6, sayfa: 285-291.
- Mehmet Erdoğan, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, Marmara Üniv. İlahiyat Fak. Vakfi Yayınları, İstanbul 2007.
- Muhammed Ebu Zehra (ö. 1974), İslam Hukukunda Suç ve Ceza, (çev. İbrahim Tüfekçi), Kitabevi, I-II, İstanbul 1994.
- Muhammed Hamidullah, İslam Anayasa Hukuku, İstanbul: Beyan Yay. 2005.
- Mustafa Kisbet, İslam Hukukuna Göre Satım Akdinde Malin Kabz ve Teslimi, İstanbul: Nizamiye Akademi, 2016.
- Münir Kuşçuzade, Sünnette Spor, International Journal of Science Culture and Sport (IntJSCS), August 2015, Special Issue 4, s. 397.
- Nihat Dalgın, Günümüz Fıkıh Problemleri, Anadolu Üniversitesi Yayınları, s. 152-176.
- , Günümüz Fıkıh Problemleri, Anadolu Üniversitesi Yayınları, s. 196-214.
- Osman Şekerci, İslam Şirketler Hukuku, İstanbul: Marifet yay. 1981.
- Süleyman Uludağ, *İslam ve Musiki*, Dergâh Yayınları, İstanbul 2015.
- Şamil Dağcı, “Kıyas”, TDV İslâm Ansiklopedisi, Cilt: 25, s. 488-495.
- Şamil Dağcı, İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller, Ankara 1999.

Şevket Topal, Şirketler Hukuku, (İslam Hukuku El Kitabı İçinde Bölüm), Ankara: 20017, s. 459-474.

Talip Türcan, İslam Anayasa Hukuku (İslam Hukuku El Kitabı İçinde Bölüm), Ankara: 20017, s. 477-498.

Tevhit Ayengin, “Gayrimüslimlerle İlişkiler”, *Günümüz Fıkıh Problemleri*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 2010, s. 215-216.

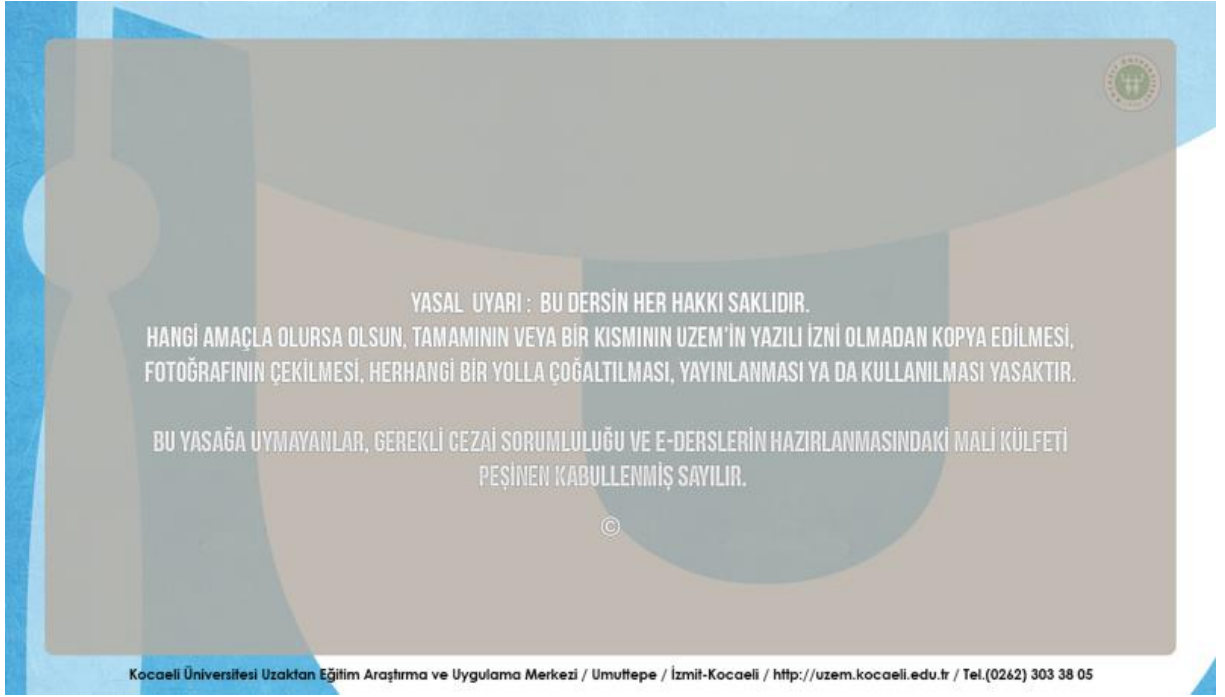
Tuncay Başoğlu, “Tazir”, TDV İslâm Ansiklopedisi Cilt: 40, s. 198-202.

Yusuf Kardâvi, *İslam'da Helal ve Haram*, (trc. Mustafa Varlı), Hilâl Yayınları, Ankara 1970.

www.sgk.gov.tr; (erişim: 29.01.2015).

<http://uzem.kocaeli.edu.tr>

uzem@kocaeli.edu.tr



YASAL UYARI : BU DERSİN HER HAKKI SAKLIDIR.
HANGİ AMAÇLA OLURSA OLSUN, TAMAMININ VEYA BİR KISMININ UZEM'İN YAZILI İZİNİ OLMADAN KOPYA EDİLMESİ,
FOTOĞRAFİNİN ÇEKİLMESİ, HERHANGİ BİR YOLLA ÇOĞALTILMASI, YAYINLANMASI YA DA KULLANILMASI YASAKTIR.

BU YASAĞA UYMAYANLAR, GEREKLİ CEZAI SORUMLULUĞU VE E-DERSLERİN HAZIRLANMASINDAKİ MALİ KÜLFETİ
PEŞİNEN KABULLENMİŞ SAYILIR.

©

Kocaeli Üniversitesi Uzaktan Eğitim Araştırma ve Uygulama Merkezi / Umuttepe / İzmit-Kocaeli / <http://uzem.kocaeli.edu.tr> / Tel.(0262) 303 38 05