



T. C.

**BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI**

**İSLAM HUKUKUNDA FORMALİZM UYGULAMASI
OLARAK HİLE-İ ŞER'İYYE**

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Şeyma GÜLSEFA

BURSA - 2020



T. C.

BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI

İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

**İSLAM HUKUKUNDA FORMALİZM UYGULAMASI
OLARAK HİLE-İ ŞER'İYYE**

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Şeyma GÜLSEFA

Danışman

Prof. Dr. Ali KAYA

BURSA – 2020

TEZ ONAY SAYFASI

T. C.

BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, İslam Hukuku 701423037 numaralı Şeyma GÜLSEFA 'in hazırladığı "İSLAM HUKUKUNDA FORMALİZM UYGULAMASI OLARAK HİLE-İ ŞER'İYYE konulu Yüksek Lisans Tezi Çalışması ile ilgili tez savunma sınavı, 28.02.2020 günü 10.00-12.00 saatleri arasında yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin başarılı (başarılı/başarısız) olduğuna oybirliği (oybirliği/oy çokluğu) ile karar verilmiştir.

Üye

Tez Danışmanı ve Sınav Komisyonu Başkanı

Prof. Dr. Ali KAYA

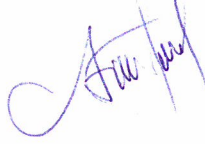
Bursa Uludağ Üniversitesi



Üye

Doç. Dr. Abdurrahim KOZALI

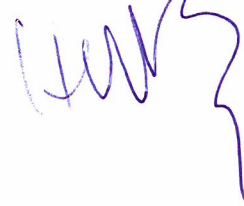
Bursa Uludağ Üniversitesi



Üye

Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin OKUR

Kocaeli Üniversitesi



Tarih

28.02.2020



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS/DOKTORA İNTİHAL YAZILIM RAPORU

BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA

Tarih: 28/01/2020

Tez Başlığı / Konusu: "İSLAM HUKUKUNDA FORMALİZM UYGULAMASI OLARAK HİLE-İ ŞER'İYYE

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmamın a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 100 sayfalık kısmına ilişkin, 28/01/2020 tarihinde şahsım tarafından Turnitin. adlı intihal tespit programından (Turnitin)* aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan özgünlük raporuna göre, tezimin benzerlik oranı %13 'tür.

Uygulanan filtrelemeler:

- 1- Kaynakça hariç
- 2- Alıntılar hariç/dahil
- 3- 5 kelimededen daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Özgünlük Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nı inceledim ve bu Uygulama Esasları'nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

28/01/2020

Adı Soyadı:	Şeyma GÜLSEFA
Öğrenci No:	701423037
Anabilim Dalı:	TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
Programı:	YÜKSEK LİSANS
Statüsü:	Y.Lisans

Danışman

Prof. Dr. Ali KAYA

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans tezi olarak sunduğum “İSLAM HUKUKUNDA FORMALİZM UYGULAMASI OLARAK HİLE-İ ŞER’İYYE” başlıklı çalışmamın bilimsel araştırma, yazma ve etik kurallarına uygun olarak tarafımdan yazıldığına ve tezde yapılan bütün alıntıların kaynaklarının usulüne uygun olarak gösterildiğine, tezimde intihal ürünü cümle veya paragraflar bulunmadığına şerefim üzerine yemin ederim.

28/01/2020



Adı Soyadı: Şeyma GÜLSEFA
Öğrenci No: 701423037
Anabilim Dalı: TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
Programı:
Statüsü: Y.Lisans Doktora

ÖZET

Yazar Adı ve Soyadı	: Şeyma GÜLSEFA
Üniversite	: Bursa Uludağ Üniversitesi
Enstitü	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
Anabilim Dalı	: Temel İslâm Bilimleri
Bilim Dalı	: İslâm Hukuku
Tezin Niteliği	: Yüksek Lisans
Sayfa Sayısı	: xi+101
Mezuniyet Tarihi	: ... /.../
Tez Danışman(lar)ı	: Prof. Dr. Ali KAYA

İSLAM HUKUKUNDA FORMALİZM UYGULAMASI OLARAK HİLE-İ ŞER'İYYE

İnsanlar yaradılışları gereği sosyal varlıklar olduğundan belli ihtiyaçları, hakları ve sorumlulukları bulunmaktadır. Bu akış içerisinde başka bireyler ve topluluklarla etkileşim halinde olmak, muhtemel çatışma ve uyumsuzluklara zemin hazırlamaktadır. Bu nedenle insanların meydana getirdiği toplulukların, yine insanların koydukları hukuk normlarıyla düzene kavuşması zaruri olmaktadır.

Bu çalışmanın ilk bölümünde; hukukun düzen işlevinin temelini oluşturan formalizm konusuna, kavramın hukuk normlarına olan etkilerine ve Türk Hukuk Doktrininde formalizmin uygulandığı alanlardan örneklerle yer verildi.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise; İslam Hukuk normlarının koyduğu sınırlardan yine İslam Hukuk normlarına uygun yöntemlerle çıkış yolu bulma manasına gelen, hile-i şer'îyye konusu ele alındı. İslam Hukuk âlimlerinin konu hakkındaki görüşlerine, mezhep imamlarının hükümlerine ve delillerine değinilerek, İslam Hukuk Doktrininde tartışılan hile-i şer'îyye örneklerine yer verildi.

Üçüncü ve son bölümde ise; formalizm uygulamasının İslam Hukukundaki yerine ve bu uygulamanın hile-i şer'îyye bağlamındaki tezahürlerine yer verilerek değerlendirmeler yapıldı.

Anahtar Kelimeler: Form, Formalizm, Hile, Hile-i Şer'îyye, Hukukta Form, İslam Hukuku, Kanuna Karşı Hile.

ABSTRACT

Writer's Name	: Şeyma GÜLSEFA
University	: Bursa Uludağ University
Institue	: Social Sciences Institue
Anabilim Dalı	: Basic Islamic Sciences
Bilim Dalı	: Islamic Law
Tezin Niteliği	: Master
Sayfa Sayısı	: xi+101
Mezuniyet Tarihi	: ... /..../
Tez Danışman(lar)ı	: Prof. Dr. Ali KAYA

HİLE-İ ŞER'İYYA AS THE PRACTICE OF FORMALISM IN ISLAMIC LAW

Since people are social assets due to their creation, they have certain needs, rights and responsibilities. Interacting with other individuals and communities in this flow paves the way for possible conflicts and incompatibilities.

For this reason, it is essential that the communities formed by the people are regulated by the norms of the law set by the people.

In the first part of this study; The subject of formalism, which forms the basis of the order function of law, the effects of the concept on legal norms, and examples from the areas where formalism is applied in the Turkish Legal Doctrine were given.

In the second part of the study; The subject of hile-i şer'iyya which means finding a way out of the limits set by the Islamic Law norms by means of methods in accordance with the Islamic Law norms, was discussed. Referring to the views of Islamic Law scholars on the subject and the provisions and proofs of sectarian imams, examples of hile-i şer'iyya discussed in the Islamic Law Doctrine, were included.

In the third and final section; the place of the implementation of formalism in Islamic Law and the manifestations of this practice in the context of hile-i şer'iyya were evaluated.

Keywords: Form, Formalism, Cheating, Hile-i Şer'iyya, Form İn Law, Islamic, Law, Cheating Against The Law

ÖNSÖZ

İslam dininin, toplumsal düzeni temin etmesi ve toplumun maslahatını sağlaması bakımından koymuş olduğu kurallar, kaynağı gereği vahye dayanmaktadır. Bu kuralların yaptırım gücü ise hem dünyevi boyutu hem de uhrevi boyutu kapsamaktadır. Bu sebeple insanlar, dinin koymuş olduğu bu kuralları, doğrudan doğruya ihlal etmek yerine hile-i şer'iyeye gibi yöntemlere başvurarak, belli çıkış yolları aramaktadırlar.

Şer'i çıkış yolları bağlamında değerlendirilmesi gereken hile-i şer'iyeye muamelesi, bazı örneklerde dinin koymuş olduğu kuralların ihlal edilmesi şeklinde yorumlandığından, İslam Hukuk Doktrininde oldukça tartışılan konulardan olmuştur. Bu konu aynı zamanda hukuki fillerin değerlendirilmesi noktasında itibar edilmesi gereken unsurun, ne olduğu sorusunu da gündeme getirmektedir. Dolayısıyla İslam Hukuk normlarının temelini teşkil eden düzen unsuru, hukuki fiillerin değerlendirilmesi noktasında göz önünde bulundurulacak kriterin, iç irade olması durumunda farklı, fillerin zahirine göre hareket edilmesi durumunda farklı şekilde etkilenmektedir. Bu durum ise İslam Hukuk âlimlerinin hile-i şer'iyeye muamelesi hakkında muhtelif şekilde değerlendirmelerde bulunmasına neden olmuştur..

Giriş ve üç bölümden oluşan bu çalışma, hile-i şer'iyeye muamelesinin formalizmle olan ilişkisini ortaya koymak ve bu bağlamda tartışılan hile-i şer'iyeye örneklerini incelemek için kaleme alınmıştır.

Bu vesile ile tez çalışmamda ve tüm eğitim hayatım boyunca, maddi- manevi olarak yanımda olan sevgili anne ve babama, ilmi gayretimi destekleyen sevgili eşime ve şahsıma fıkıh ilmini sevdiren, değerli vakitlerinden istifade imkânı sağlayan, kıymetli hocam Prof. Dr. Ali Kaya'ya teşekkürü bir borç bilirim.

Gayret bizden, tevfiğ Allah'tandır.

Şeyma GÜLSEFA

2020- BURSA

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI.....	ii
YÜKSEK LİSANS/DOKTORA İNTİHAL YAZILIM RAPORU	iii
YEMİN METNİ.....	iv
ÖZET	v
ABSTRACT.....	v
ÖNSÖZ	vii
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xi
GİRİŞ	1
1. ARAŞTIRMANIN KONUSU VE AMACI.....	1
2. ARAŞTIRMANIN KAYNAKLARI VE SINIRLARI	2

BİRİNCİ BÖLÜM

FORMALİZM

1. FORM (BİÇİM-ŞEKİL).....	3
1.1. TANIM	3
1.2. KONU.....	3
2. FORMALİZM (BİÇİMCİLİK).....	4
2.1. TANIM	4
2.2. KONU.....	4
3. HUKUKİ FORMALİZM	4
3.1. HUKUK.....	5
3.2. HUKUK KURALLARININ ÖZELLİKLERİ.....	6
3.3. HUKUKTA FORMALİZM	7
3.3.1. Tanım	7
3.3.2. Konu.....	8

3. 3. 3. Kapsam	9
3.3.3.1. Aksiyolojik Geçerlilik Ölçütü	10
3.3.3.2. Maddi Geçerlilik Ölçütü	10
3.3.3.3. Biçimsel Geçerlilik Ölçütü.....	11
3.4. HUKUKİ FORMALİZMİN FAYDALARI.....	13
3.5. HUKUKİ FORMALİZMİN ZARARLARI	14
4. TÜRK HUKUK DOKTRİNİNDE FORMALİZM.....	15

İKİNCİ BÖLÜM

HİLE-İ ŞER'İYYE

1. HİLE-İ ŞER'İYYE.....	19
1.1. TANIM.....	19
1.2. İSLAM HUKUKÇULARININ HİLE TANIMLARI.....	23
2. HİLE-İ ŞER'İYYENİN TEMELİNİ OLUŞTURAN UNSURLAR.....	27
2.1. İRADE BEYANI.....	27
2.2. NASLARIN LAFZİ YORUMU.....	29
3. HİLE-İ ŞER'İYYEYİ ORTAYA ÇIKARAN NEDENLER.....	32
3.1. HİLE-İ ŞER'İYYEYİ ORTAYA ÇIKARAN HUKUKİ NEDENLER.....	32
3.2. HİLE-İ ŞER'İYYEYİ ORTAYA ÇIKARAN SOSYAL NEDENLER	35
4. MEZHEP İMAMLARININ HİLE-İ ŞER'İYYE HAKKINDAKİ GÖRÜŞLERİ.....	37
4.1. HANEFİ MEZHEBİ.....	37
4.1.1. Ebu Hanife	37
4.1.2. Ebu Yusuf	39
4.1.3. İmam Muhammed.....	40
4.2. ŞAFİİ MEZHEBİ	40
4.3. HANBELİ MEZHEBİ.....	41
4.4. MALİKİ MEZHEBİ.....	43
5.HİLE-İ ŞER'İYYEYİ CAİZ KABUL EDENLERİN DELİLLERİ.....	44
5.1. KİTAPTAN DELİLLER.....	44
5.2. SÜNNETTEN DELİLLER	46
5.3. İCMADAN DELİLLER.....	51
6. HİLE-İ ŞER'İYYEYİ CAİZ KABUL ETMEYENLERİN DELİLLERİ.....	51

6.1. KİTAPTAN DELİLER	51
6.2. SÜNNETTEN DELİLLER	55
6.3. İCMADAN DELİLLER.....	57
7. İSLAM HUKUKUNDA HİLE-İ ŞER'İYYE KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLEN ÖRNEKLER	58
7.1. HÜLLE.....	58
7.2. BEY'UL-İNE	62
7.2.1. Bey'ul-ineyi Meşru Görenlerin Delilleri	65
7.2.2. Bey'ul-ineyi Meşru Görmeyenlerin Delilleri	67
7.3. TEVERRUK.....	69
7.4. ZEKÂTLA İLGİLİ HİLELER	71
7.5. ŞÜF'Â HAKKINI DÜŞÜRMEK İÇİN BAŞVURULAN HİLELER.....	74
7.6. HAKKINDA HİLEYE BAŞVURULAN DİĞER ÖRNEKLER	78

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSLAM HUKUKUNDA FORMALİZM VE ÖRNEK HİLE-İ ŞER'İYYE UYGULAMALARINDA FORMALİZM

1. İSLAM HUKUKUNDA FORMALİZM	81
1.1. NORM VE ADALET İLİŞKİSİ.....	81
1.2. NORM VE ETKİLİLİK İLİŞKİSİ	82
1.3. NORM-BİÇİMSEL GEÇERLİLİK İLİŞKİSİ	83
1.3.1. Nassa Dayalı Hükümler	84
1.3.2. İctihada Dayalı Hükümler.....	84
1.3.3. İcmaya Dayalı Hükümler.....	85
2. ÖRNEK HİLE-İ ŞER'İYYE UYGULAMALARINDA FORMALİZM.....	87
SONUÇ	95
KAYNAKÇA.....	97

KISALTMALAR

a.g.e	: Adı geçen eser
a.yer.	: Adı geçen yer
Çev.	: Çeviren
H.z.	: Hazreti
TDV	: Türkiye Diyanet Vakfı
U.Ü.	: Uludağ Üniversitesi
DİA	: Diyanet İslam Ansiklopedisi
İSAM	: İslam Araştırmaları Merkezi
TDK	: Türk Dil Kurumu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
yay.	: yayınları
H./h.	: Hicrî
C./c.	: Cilt
nşr.	: Neşreden
b.	: Bin
bs. y.	: Baskı Yeri
bs. t.	: Baskı Tarihi
ss	: Sayfa Sayısı

GİRİŞ

1. ARAŞTIRMANIN KONUSU VE AMACI

Yaradılışı gereği toplumdan ayrı düşünölemeyen insan, varlığını sağlıklı bir şekilde devam ettirebilmek ve kendini geliştirebilmek için diğer insanlara ihtiyaç duymaktadırlar. Ancak bu zaruri ilişkinin mevcudiyeti, çatışmaları ve anlaşmazlıkları da beraberinde getirmektedir. Toplum bu yönüyle olumsuzlukların meydana gelebileceği, dolayısıyla belli sosyal düzen kurallarına ihtiyaç duyan bir mekanizma olmaktadır. Din kuralları, ahlak kuralları, örf-adetler ve hukuk kuralları toplumu şekillendiren kurallardır. Ancak değişen ihtiyaçlar ve şartlar, toplumsal düzenin sağlanabilmesi, ihtiyaçların karşılanabilmesi ve adaletin tesis edilebilmesi için somut yaptırımları olan hukuk kurallarına ihtiyaç duyulmaktadır. Hukuk kuralları bu manada en etkili norm grupları olmaktadır.

Hukuk normlarının işlevselliği toplumsal nizamın sağlanabilmesi açısından oldukça önemlidir. Aksi bir durum yaşanması halinde hukuki güvenlik tehdit edilmiş olmaktadır. Türk Hukuk Doktrinde oldukça dikkat çeken hukuk normlarının biçimsel geçerliliği İslam Hukuk normlarında da oldukça önemlidir. Nitekim bu çalışmada İslam Hukuk normlarının biçimsel geçerlilik unsuruyla ne derece etkili olduğu araştırılmaktadır. Ayrıca İslam Hukukunda formalizm unsurunu beslemesi açısından hile-i şer'iyye örnekleri ele alınarak, hile-i şer'iyyeye zemin hazırlayan unsurlar incelenmektedir. İslam Hukuk tarihinde oldukça tartışılmış bir konu olan hile-i şer'iyye hakkında mezhep imamlarının farklı yaklaşımları bulunmaktadır. Çalışmamızda mezheplerin hile-i şer'iyye hakkındaki görüşleri ifade edilerek bu ekseninde İslam Hukuk normlarının geçerlilik unsurlarına değinilecektir. Formalizm ve hile-i şer'iyyenin ilişkisi hüлле, zekâtın iskati, şüf'a hakkının düşürölmesi, bey'u'îne ve bahsi geçen örnekler üzerinden izah edilmektedir.

2. ARAŞTIRMANIN KAYNAKLARI VE SINIRLARI

İslam Hukukunda Formalizm Uygulaması Olarak Hile-i Şer'iyeye adlı çalışmanın ilk bölümünde form ve formalizm kavramlarının anlam ve içerikleri izah edildikten sonra hukuk kurallarının özelliklerine ve hukukta formalizmin örneklerini içermesi bakımında Türk Hukuk Doktrininde formalizm örneklerine yer verildi Çalışmanın ikinci bölümünde hile-i şer'iyeye ve temelini oluşturan unsurlara değinildikten sonra mezheplerin hile-i şer'iyeye hakkındaki görüşleri ve görüşleri bağlamında delillerine yer verildi. Ayrıca İslam Hukuk Doktrininde ihtilaflara sebep olan hile-i şer'iyeye örneklerinin değerlendirilmeleri de yapıldı.

Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde ise; İslam Hukukunda formalizmin ne olduğu konusuna İslam Hukuk normlarının geçerlilik unsurları bağlamında yer verildi. Ayrıca bahsi geçen hile-i şer'iyeye muamelelerinin. niyet ve irade bağlamında değerlendirilmesi yapılarak neticelendirildi

Çalışmanın ilk bölümünde Prof. Dr. Ahmet Cevizci'nin *Felsefe Terimleri Sözlüğü*'nden, Prof. Dr. Necip Bilge'nin *Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları* adlı eserinden, Prof. Dr. İ. Yılmaz Aslan ve Prof. Dr. Doğan Şenyüz'ün *Hukuka Giriş* adlı eserinden, Prof. Dr. Vecdi Aral'ın *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları* ile *Hukuk ve Hukuk Bilimi* adlı eserlerinden, Prof. Dr. Kemal Gözler'in, *Hukukun Genel Teorisine Giriş Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu* adlı eserinden ve Prof. Dr. Talip Türcan'ın *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu* adlı eserinden istifade edilerek, konu bağlamında muhtelif makaleler de incelenmiştir.

Çalışmanın ikinci ve üçüncü bölümlerinde ise; Diyanet İslam Ansiklopedisinin ilgili maddelerinden, Prof. Dr. Hayreddin Karaman'ın *İslam Hukuk Tarihi, Mukayeseli İslam Hukuku* ve *İslam Hukukunda İctihad* adlı eserlerinden, Prof. Dr. Mehmet Erdoğan'ın *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi* adlı eserinden ve Prof. Dr. Saffet Köse'nin *İslam Hukukunda Kamuna Karşı Hile* adlı eserinden istifade edilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

FORMALİZM

1. FORM (BİÇİM-ŞEKİL)

1.1. TANIM

Form kelimesi, günlük hayatta birden fazla anlamda kullanılmaktadır. Sözlükte, “*Bir şeyin şekli ya da yapısı*”¹, “*bir şeyin özü, bir şeyi her ne ise, o şey yapan şey*”² olarak tanımlanmaktadır. Batı dillerinde ortak karşılığı olan *form*, Yunanca aynı anlamdaki *morphe*,(morfe) sözcüğünün sessiz harflerine yer değiştirmek yoluyla Latinceye aktarılan *forma* sözcüğünden gelmektedir.³ Dilimizde daha çok *beti*, deyişimiyle dile getirilmektedir. Geniş anlamda ise; biçim deyişimiyle aynı manada kullanılmakta ve ‘*bir nesnenin dış çizgileri bakımından niteliği, bir düşüncenin veya davranışın oluş biçimi, durum, hal ve toplumsal bir bütünüün kuruluş biçimi*’⁴ şeklinde de tanımlanmaktadır.

1.2. KONU

Form kelimesinin içerdiği anlam ve kapsadığı sınırlar oldukça geniştir. Bir şeyin dış görünüşü, sınırları belirlenmiş ölçütü olarak tanımlanan form insanın var oluşu, ruhsal yapısı, sanat, mantık, toplumsal düzeni sağlayan normlar, dolayısıyla hukuk ve genel itibariyle eşya ile alakalı her konuyu kapsamaktadır.⁵ Form kavramı, eşyanın düzeniyle, kuruluşuyla ve amaç kazandırmasıyla da alakalıdır. Bu bakımdan, eşyayı bütünlüğe kavuşturan, onun anlaşılmasını sağlayan ve ele aldığı konunun sınırlarını çerçeveleyen bir unsur değerindedir.⁶

¹ Ahmet Cevizci, “Form”, *Felsefe Terimleri Sözlüğü*, İstanbul: Paradigma, 2000, s. 137.

² a.yer.

³ Orhan Hançerlioğlu, “Form”, *Kavramlar ve Akımlar*, İstanbul: Remzi Kitabevi, 1976, c. 1, s. 159.

⁴ “Biçim”, *Türkçe Sözlüğü*, Ankara: Türk Dil Kurumu, 1998, c. 2, s. 2083.

⁵ İbrahim Ermenek, “Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy. 4 (2000), s. 2.

⁶ Cevizci, “Form”, s. 138.

2. FORMALİZM (BİÇİMCİLİK)

2.1. TANIM

Formalizm, nesnenin dış sınırlarını belirleyen form kelimesinden türemiştir. Sözlükte ; “genel bir biçimde ifade edildiğinde, açıklama ya da değer biçmenin anlamlı ya da nihai temeli olarak formun (ilkelerin, yasaların) önemini vurgulayan, form fikrine, madde fikrinin çok daha üstünde yer veren, içerikten çok düzenleme, tutarlılık ve formel ilkelerin gelişimi üzerinde duran sistem ya da anlayış”⁷ şeklinde tanımlanmaktadır. Formalizm tanımından hareketle, gerçek bilginin her türlü deneyimden bağımsız olarak, bir yorumlama sisteminin yasalarına ve kurallarına bağlı olduğu söylenebilir.⁸ Formalizm anlayışına göre doğruların biçimsel olarak geçerliliği sağlaması gerekmektedir.

2.2. KONU

Formalizm konusu itibariyle birden fazla alanı kapsamakta, siyaset, hukuk, ticaret, mantık, felsefe ve sanat gibi birçok konuda etkili olmaktadır.⁹ Aynı zamanda toplumsal yaşamın içeriğini şekillendiren hukuk, siyaset ve eğitim gibi her hususta da düzenleme vazifesi görmekte ve etki ettiği alanla ilgili, nesnel bilgilerin elde edilmesini sağlamaktadır.¹⁰ Formalizmin ortaya çıkış nedenleri incelendiğinde, birey ve toplum arasındaki güvensizlik duygusu, oldukça dikkat çekmektedir. Bu sebeple irade beyanında belli bir forma uyma ihtiyacı baş göstermektedir. Değişmez ve kalıcı nitelikte belgelerle irade beyanını açıklama zorunluluğu ise, beraberinde formalizmi getirmektedir.¹¹ Formalizmin en etkili olduğu alanlardan biri hukuk normlarıdır. Hukuk normlarının belli bir sisteme sahip olması ihtiyacı, hukuki formalizm kavramını doğurmakta böylelikle hukuki işlem güvenliği, kamu yararı ve işlemlerin belli bir düzen içerisinde yapılması sağlanmış olmaktadır.¹²

3. HUKUKİ FORMALİZM

Hukuk ve formalizm kavramlarından müteşekkil olan bu kavram, hukuk kurallarının belli bir şekle uygun olarak tasarlanması ve uygulanması gerektiğini

⁷ a.g.e., s. 426.

⁸ Ahmet Cevizci, “Formalizm”, *Felsefe Sözlüğü*, İstanbul: Paradigma, 2002, s. 426.

⁹ a.yer.

¹⁰ Ermenek, “Medeni Usül Hukukunda Şekilcilik”, s. 3.

¹¹ a.yer.

¹² İ.Yılmaz Aslan, Doğan Şenyüz, *Hukuka Giriş*, Bursa: Ekin Yayınevi, 2019, s. 16.

tanımlamaktadır. Hukuki formalizm, çerçevesi itibariyle hukukun görünen durumla bağlantısını izah etmekte, normların belirli bir kalıba uygun olarak tasarlanmasını hedeflemekte, şekil kuralları ve şekilcilik üzerinde durarak, bu kurallara aykırı hareket etmenin sonuçlarını izah etmektedir.¹³

Hukuki formalizmin izahından önce, kavramın mahiyeti açısından hukukun ne ifade ettiği önemli bir nokta olmaktadır.

3.1. HUKUK

Hukuk kavramının birden fazla tanımı bulunmakta ancak herkesin üzerinde ittifak ettiği bir tanımlama yapmak çok mümkün olmamaktadır. Çünkü hukukun konusu bağlamında görüşler az çok uyum sağlasa da, kaynağı ve amacının belirlenmesi noktasında birlik sağlanamamaktadır.¹⁴ Hukukun yalnızca konusunu esas alan biçimsel bir tanımlama yapıldığında “ *Hukuk, toplum hayatında kişilerin birbirleriyle ve toplumla olan ilişkilerini düzenleyen, uyulması kamu gücü ile desteklenmiş bulunan sosyal kurallar bütünü*”¹⁵ olarak izah edilmektedir. Bu biçimsel tanımlamanın dışında hukukun amacı ve kaynağını içeren tanımlamalar yapan hukukçular da bulunmaktadır. Onlar hukuku “*toplumun genel yararını veya bireylerin ve toplumun ortak iyiliğini sağlamak amacıyla yetkili makam tarafından konulmuş ve devlet yaptırımlarıyla donatılmış sosyal kurallar bütünü*”¹⁶ şeklinde tanımlamaktadır. Ancak hukukun var olabilmesi için öncelikle bir toplumun varlığından söz edebilmek gerekmektedir. Çünkü hukuk insani ilişkiler sebebiyle var olan bir düzendir.

Toplumsal ihtiyaçların giderilmesi için toplumsal ilişkilere, bu ilişkilerin düzenlenmesi noktasında da hukuka ihtiyaç vardır. Bireyler toplumsal olarak eşit haklara sahiptir. Ancak maddi ve manevi anlamda farklı ihtiyaçların bulunması, topluluk halinde yaşayan kişiler arasında belirgin sorunlara neden olmaktadır.¹⁷ Bu problemlerin ortadan kaldırılması, fertlerin hak ve sorumlulukları arasında dengeli bir yolun oluşturulması için hukuk kurallarına ihtiyaç duyulmaktadır.

¹³ Ermenek, “Medeni Usül Hukukunda Şekilcilik”, s. 4.

¹⁴ Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2017, s. 13..

¹⁵ a.yer; Aslan, Şenyüz, *Hukuka Giriş*, s. 13.

¹⁶ Bilge, *Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*, s. 13; Aslan, Şenyüz, *Hukuka Giriş*, s. 13.

¹⁷ Erhan Adal, *Hukukun Temel İlkeleri*, İstanbul: Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayınları, 1985, s. 1.

3.2. HUKUK KURALLARININ ÖZELLİKLERİ

Toplum halinde yaşamak zorunda olan insanların tabii oldukları kuralların en önemlisi hukuk kurallarıdır. Bu kurallar, insanların sosyal hayatlarını, kurumlarla ilişkilerini, hak ve sorumluluklarını düzenlemektedir. Bir şeyin satılması, teslim edilmesi, hırsızlık yapan kişinin cezalandırılması ve öğrencinin yönetmeliklere uyuması gibi kurallar, hukuk kuralları niteliği taşımaktadır.¹⁸ Bu sebeple, hukuk kurallarının konusu çoğunlukla insan davranışları olmaktadır.¹⁹ Hukuk kuralları, belli bir biçimde davranmayı öngördüklerinden, “*olması gerekeni gösteren iradi ve fikri değerlerin bir ifadesi*”²⁰ olduklarından normatif olarak nitelenmektedirler. Bu ifade gerçeklikten uzak gibi görünse dahi normatif kurallar, olması gerekeni gerçekleştirilebilir temelinde görmekte bu sebeple toplumsal gerçeklikle arasında bir uygunluk söz konusu olmaktadır.²¹ Hukuk kuralları bu manada belli bir hukuk düzenine ulaşmayı hedeflemekte ve yol gösterici olmaktadır.

Hukuk kuralları, insanların haklarının korunması ve sorumluluklarının belirlenmesi noktasında da önemli bir rol üstlenmektedir. Adaletin belli bir zümre ve topluluk için değil tüm bireyler için mümkün olduğunun teminatı olmaktadır.²² Bu açıdan toplumsal güven duygusunun tesisi için de önemli bir konumdadır.

Hukuk kuralları, her topluluk için eşit düzeyde işleve sahiptir. Herhangi bir kurum için sınırsız yetki tanımamaktadır ve objektiftir.²³ Hukuki güvenliğin sağlanabilmesi için belli formlara sahiptir. Bu sebeple bireylerin davranışlarına sınırlar koymak suretiyle yaşamsal bir özgürlük alanı açmaktadır.²⁴ Varsayımlar hukuk kurallarının kapsamında değildir. Bu nedenle bireylerin irade beyanları, dışa yansıyan ve bir sonuç oluşturan eylemleriyle ilgilenmektedir.²⁵ Hukuk kuralları içinde bulunduğu form sayesinde öngörülebilir hale gelmekte ve kısa sürede değişkenlik

¹⁸ Bilge, *Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*, s. 12.

¹⁹ Aslan, Şenyüz, *Hukuka Giriş*, s. 8.

²⁰ Orhan Münir Çağıl, *Hukuk Ve Hukuk İlmine Giriş I-II*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1966, s. 30.

²¹ Yasemin Işıқтаç, *Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1999, s. 87.

²² Çağıl, *Hukuk Ve Hukuk İlmine Giriş I-II*, s. 24.

²³ Talip Türcan, *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, Ankara: Ankara Okulu Yayınları, 2003, s. 23.

²⁴ Bilge, *Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*, s. 20.

²⁵ Orhan Arsal, “Objektif Hukuk Kaidesi İçin Yeni Bir Ölçü”, *İÜFHM*, sy. 1 (1935), s. 360.

göstermemektedir. Böylelikle hedeflenen toplumsal düzen daha kısa sürede gerçekleşmiş olmaktadır.²⁶

Hukuk kurallarının düzen, adalet ve sosyal gereksinimleri karşılama olmak üzere üç temel unsurunun bulunması, normu etkileyen biçim, sosyal olgu ve değer yargısı unsurlarını da ortaya çıkmaktadır.²⁷ Hukuk normlarının biçimsel bir niteliğe sahip olması sosyal ve ekonomik değişimlere rağmen belli formlara sıkı sıkıya bağlı olması neticesi ise; hukukta formalizm kavramını gündeme getirmektedir.

3.3. HUKUKTA FORMALİZM

Toplumsal yaşamın düzenlenebilmesi için hukuk kurallarına ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak bu düzenin sağlanabilmesi için hukuk kurallarının belli bir biçim içerisinde olması gerekmektedir. Hukuk mahiyeti itibarıyla düzenleme ve biçimlendirme içeriğine sahip olduğundan, biçimin hukukun niteliğine ilişkin bir unsur olduğu söylenebilir.²⁸

3.3.1. Tanım

Hukukta şekil kavramı, hukuki işlemin veya belirli bir iradenin, dış görünüşü olarak tanımlanmaktadır. Ancak bu tanım, hukuki formalizm kavramını tam olarak karşılanmamaktadır. Bazı kaynaklarda; “*İrade beyanını dış dünyaya aktarmaya yarayan vasıtalar*”²⁹ olarak izah edilse de düzen işlevini içeren bir yorum olmadığından yetersiz kalmaktadır. Süzen işlevinin dâhil edildiği tanımlarda hukuki formalizm, “*akit ve tasarrufların kanun tarafından tayin olunan şekillerle yapılması, hakların tayin olunan zamanda kullanılması ve neticelerinin kategorik kaidelerle tayini sistemi*”³⁰ şeklinde ifade edilmektedir.

Hukuk kuralları, insani ilişkileri ve muameleleri sınıflandıran bir yapıya sahiptir. Hukuk kurallarının temelinde bulunan formalizm kavramı ise; olağan davranışların girdiği ve hukukilik kazandığı bir yapıyı ifade etmektedir.³¹

²⁶ Çağıl, *Hukuk Ve Hukuk İlmine Giriş I-II*, s. 30.

²⁷ Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1987, ss. 28-29.

²⁸ Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2012, s. 177.

²⁹ Ermenek, “Medeni Usül Hukukunda Şekilcilik”, s. 5.

³⁰ Mustafa Reşit Belgesay, *Formalizm ve Ticari Defterlerin İspat Kuvveti*, İBD, 1957, s. 63.

³¹ Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, s. 177.

Hiçbir insani ilişki varlığının gereği olarak hukuki olmamakta, yalnızca belirlenmiş niteleyici kalıba girmekle bu sıfatı kazanmaktadır. Şu halde hukukilik ve formellik sıfatları eş anlamlı olarak sayılabilmekte ve bu iki kavram anlamca birbirini desteklemektedir.³²

Fiillerin hukuki olabilmesi, hukuk formuna girmesi ve hukuk normlarına uygun olmasıyla mümkündür. Hukuki fiillerin bir irade, bir de beyan yönü bulunmaktadır. Bu fiiller, neticeleri itibariyle belli ödül ve belli yaptırımlarla karşılaşmaktadır. Hukuki yaptırımların uygulanmasında esas alınan unsurun objektif hukuk normları olması, hukukun formel yönünün adaleti sağlama noktasında ne denli pratik olduğunu ortaya çıkarmaktadır.³³ Çünkü hukukçu niyetlerle değil görünürde olanla ilgilenmekte, dolayısıyla hukuki müeyyideyi irade edilen durumun somut olarak var olması oluşturmaktadır.³⁴

Bu durum göstermektedir ki formalizm, hukukta kaçınılmaz bir sonuçtur. Hukuk, bireylerin davranışlarını öze ya da içeriğe göre değil, biçime uygun olarak düzenlenmektedir. Bireyin, diğer bireylere karşı tutumlarındaki amaç ve niyetleri hukukun ilgilendiği prensiplerin dışında kalmakta hukuki formalizme göre, bireylerin hukuk formlarına uygun davranmaları yeterli olmaktadır.³⁵

3. 3. 2. Konu

Hukukta formalizm, bireylerin irade gösterdikleri ve hukuki geçerliliği olan her muameleyi konu edinmektedir. İnsanların üzerinde yorum yapabilecekleri ve yaptırımlarla karşılaşabilecekleri her türlü işlem de hukuki formalizme konu olmaktadır. Bireylerin dışa yansıyan iradelerinde, uymak zorunda oldukları hukuk normları, hukuki formalizmin tesir ettiği alandır.

Hukuk normlarının sağladığı düzen kavramı ise; hayatın özü manasında değil biçimsel yanı ile alakalıdır.³⁶ Dolayısıyla bir normun etkili ve formel anlamda bir hukuk kuralı sayılabilmesi için bir düzen olgusuna yönelmiş olması yeterli

³² Zeki Hafizoğulları, “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu Ve Sınırları Sorunu”, *AÜHFD*, c. 35 (1978), s. 169.

³³ Hafizoğulları, “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu Ve Sınırları Sorunu”, s. 245.

³⁴ Kemal Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Ankara: US-A Yayıncılık, 1998, s. 146.

³⁵ Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, s. 178.

³⁶ a.g.e., s. 165.

görülmektedir.³⁷ Hukuki formalizm sınırları belli olmayan işlemleri konu edinmemektedir Neticesi önceden tahmin edilemeyen işlemler ve varsayımlar da bu kapsamdadır ve hukuki formalizmin konusu olamamaktadır.³⁸

İnsanların meydana getirdiği topluluklar, doğal olarak değil, yine insanların koymuş oldukları hukuk kuralları neticesinde belli bir düzene dâhil olmaktadır. Hukuk kurallarının, etkilediği her husus, hukuki formalizme konu olmaktadır. Dolayısıyla tabii bir olayın insani davranışlarla olan irtibatı da hukuki formalizmin konusu dâhilinde olmaktadır.³⁹ Hukuk normlarının oluşumunda etkili olan unsurlar zaman içerisinde değişime uğramaktadır. Ancak hukuk kurallarının genel düzenin sağlanması ve toplumsal nizamın belli kalıpları açısından hukukun formalist yönünden etkilenmesi unsuru değişmemektedir.⁴⁰ Hukuku görünür yapan etken, içinde bulunduğu formalist yapıdır. Bu yapı, hukuk güvenliğinin sağlanması ve hukuki muamelelerde eşitlik açısından da oldukça önem arz etmekte, düzen unsuru mutlak surette biçimsel normlar ve hukukun formalist yapısı tarafından önemsenmektedir.⁴¹

3. 3. 3. Kapsam

Hukuki formalizm kapsam bakımından yaptırımları oldukça etkilemektedir. Hukuki işlemlerde devletin yargılama yetkisine ilişkin hükümlerin objektif ve formel bir sonuca bağlanabilmesi hukukun geçerliliği açısından önemli bir etkindir. Formalist normlar, tutarlı bir ayırım kriteri teşkil etmektedir. Böylelikle form –norm sisteminden hareketle mutlak bir düzenin varlığı sağlanabilmektedir. Hukuk normlarının yaptırımlarının, sonuç itibarıyla kurumsal müdahaleye dayanması, müeyyideyi somutlaştırmaktadır.⁴² Hukukun, sosyal adaleti gerçekleştirme, düzeni kurma ve toplumsal ihtiyaçları karşılama işlevi, biçimsel hukuk normlarıyla sağlanmış olmaktadır.⁴³ Hukuk normlarının insanlar arası münasebetleri iyileştirme vazifesi formalist bir yapıyla mümkün olsa da hukuk normlarının geçerliliği aksiyolojik

³⁷ Türcan, *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, s. 21.

³⁸ Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, s. 178.

³⁹ Türcan, *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, s. 40.

⁴⁰ Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, s. 171.

⁴¹ Roberto Mangaberia Unger, "İzonom ve Adalet", *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, İstanbul: Alkım Yayınevi, 1997, s. 401.

⁴² Türcan, *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, s. 21.

⁴³ Adnan Koşum, "Hukukun İşlevleri Arasındaki Zıtlık ve Adaletin Üstünlüğü Bakımından İslam Hukuku", *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy. 1 (2006), s. 55.

geçerlilik, maddi geçerlilik ve biçimsel geçerlilik açısından farklı şekillerde değerlendirilmektedir.

3.3.3.1. Aksiyolojik Geçerlilik Ölçütü

Hukuk normlarının geçerlilik şartı olarak aksiyolojiyi benimseyen bu yaklaşıma göre; bir normun geçerli sayılabilmesi için adil olması gerekmektedir. Adalet ve etik unsurunu sağlamayan normlar geçerli kabul edilmemektedir.⁴⁴ Bu yaklaşımda hukuk normlarının geçerliliği, adalet temelinde çözülmesi gereken bir sorun olarak görülmekte hukuk normlarının adilliği ile bahsi geçen normların belli nihai değerlere uygun olup olmadıkları belirlenmiş olmaktadır.⁴⁵ Aynı zamanda aksiyolojik yaklaşım, hukuk normlarında adaletin ne derecede yansıtıldığına ölçüsü olmaktadır. Augustine “*Adil olmayan kanun, kanun değildir*”⁴⁶ diyerek aksiyolojik yaklaşımı özetler mahiyette bir ifade kullanmaktadır. Toplumun ihtiyacı olan sosyal düzenin sağlanabilmesi ancak adil normların gereğini yerine getirmesiyle mümkün olmaktadır. Gerçek dünya ile ideal dünya arasındaki uyum, hukuk normlarının belirlenen değer ve yargılara uygun olması ile mümkün görülmektedir.⁴⁷

3.3.3.2. Maddi Geçerlilik Ölçütü

Hukuk normlarının geçerli kabul edilebilmesi için maddi geçerlilik kriterini benimseyen bu anlayışa göre, temel unsur etkililiktir.⁴⁸ Normun geçerliliği mevcut sorunların çözümünde ne derece etkili olduğuyla doğru orantılıdır.⁴⁹

Etkililik kavramı efektiflik kavramı ile aynı manalarda kullanılsa da efektiflik kavramı hukukun genel teorisinde “*hukuk tarafından konulan kuralların sosyal uygulamada gerçekleşme derecesi*”⁵⁰ manasına gelmektedir. Etkililik ise; “*hukuk normlarının sonuçlarının ve onların hedefledikleri amaçları gerçekleştirmeye uygunluğunun değerlendirilmesi biçimi*”⁵¹ şeklinde tanımlanmaktadır. Dolayısıyla bireylerin hukuki talebin kendilerinden istediği gibi muamelede bulunması ve hukuk

⁴⁴ Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, s. 56.

⁴⁵ Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, ss. 44-45.

⁴⁶ Türkan, *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, s. 177.

⁴⁷ Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, ss. 44-45.

⁴⁸ Niyazi Öktem, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, İstanbul: Beta Basım Dağıtım, A.Ş., 1998, ss. 198-99.

⁴⁹ Zeki Hafizoğulları, *Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Ankara: US-A Yayıncılık, 1996, ss. 35-40.

⁵⁰ Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, s. 67.

⁵¹ a.yer.

normlarını uygulama bakımından aktif olması bu yaklaşımın temel amacı olmaktadır.⁵² Maddi geçerlilik ölçütüne göre; geçerliliği sağlanmış olan norm, herhangi bir zamanda uygulanmış ve bireylerin hukuki taleplerini karşılamış olmalıdır. Böylelikle hukukun talep ettiği davranış biçimi ile bireylerin davranış biçimleri arasındaki uyum sağlanmış olacaktır.⁵³

Maddi geçerlilik kriteri, bağlayıcı hukuk normlarının tespit edilmesi noktasında hâkimler açısından bir belirsizliğe neden olmaktadır. Söz konusu normların geçerlilik kriteri olarak, hukuki talebin muhatabı olan kişinin, istenilen durumla uyumlu olması, konusu göz önüne alındığında, hâkim ciddi bir karar mekanizması haline gelmektedir. Yargılamayı yapan tarafından belirsiz bir durum olduğu ortaya çıkarmaktadır.⁵⁴ Bundan dolayı hukuk düzeninin tamamına yönelik bir geçerlilik kriterinin temel alınması gerekmektedir.

3.3.3.3. Biçimsel Geçerlilik Ölçütü

Hukuk normlarının geçerliliği konusunda ele alınan üçüncü ve son biçimsel geçerlilik yaklaşımıdır. Bu anlayışta da diğer yaklaşımlarda olduğu gibi normların var oluş biçimleriyle alakalı unsurlara oldukça önemlidir. Aksiyolojik yaklaşım ve maddi geçerlilik yaklaşımı hukuki normların muhtevasıyla ilgilidir.⁵⁵ Biçimsel geçerlilik ölçütünde ise; geçerlilik kriteri, normun ne içeriğinden ne de etkililiğinden etkilenmemektedir. Bu iki etmenden bağımsız olarak geçerlilik sadece biçimsel bir kıstasa göre değerlendirilmektedir.⁵⁶ Normun geçerliliği, o normun içeriğinden çıkan soyut bir özelliklerle değil, belirli bir hukuki düzene ait olması ile belirlenmektedir.⁵⁷

Hukuki formalizm, normların adil olma sorunlarıyla ilgilenmemektedir. Ancak hukukun adalet işlevi, olması gerekeni bildiren ve nihai hedefi adalet olan bir unsur olduğundan insan davranışlarını düzenlemeyi amaçlamaktadır. Hukukun belli işlemleri biçimlendirip kalıplar halinde sunması bu özelliği sebebiyledir. Nitekim hukuk düzeni

⁵² a.g.e., ss. 64-65.

⁵³ Türcan, *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, s. 179.

⁵⁴ Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, ss. 72-73.

⁵⁵ Türcan, *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, s. 180.

⁵⁶ Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, ss. 68-69.

⁵⁷ a.g.e., s. 268.

bir biçim içerisinde geçerlilik kazanabilmektedir. Bu nedenle normların biçimsel geçerliliğe uygun olması kaçınılmazdır.⁵⁸

Hukuk düzeni üst yapı kurumu olarak kabul görmekte toplumsal olguların temelinde bulunmaktadır. Bu sebeple hukuk normları, toplumsal hayatın kalıplarını oluşturmakta ve kendisi bu kalıplardan etkilenmemektedir.⁵⁹ Ayrıca hukuk normları doğal fiillerin girdiği belli bir yapıyı ifade ettiğinden⁶⁰ fiiller ancak belli sınırlara tabi olmak suretiyle hukuki olma sıfatını kazanabilmektedir.⁶¹

Michel Troper, bir normun hukukiliğini tespit etmek için önerilen kriterlerin bir dökümünü yapmaktadır. Bu dökümü analiz ettiğimizde normun amacı mevzuundan, normu koyan öznenen, normun adalete uygunluğundan, normun hukuki düzene aidiyetinden ve müeyyide biçimlerinden çıkartılan birçok ölçüt bulunmaktadır. Ancak hukukiliği etkileyen en önemli iki kriter müeyyide ve belli bir hukuki düzene ait olma kriteridir.⁶² Müeyyide kriteri, norma uyulmaması durumunda uygulanan zorlamadır. fakat bu sıradan bir zorlama değildir sadece toplumsal yapı tarafından meydana getirilebilmektedir. İkinci kriter ise, hukuk normunun belli bir hukuki düzene ait olmasıdır.

Kelsen teorisinde ise; hukukilik ve geçerlilik aynı manalara gelmekte bu iki kavram arasında herhangi bir fark görülmemektedir. Hans Kelsen'in görüşüne göre; bir norm hukuki ise geçerli kabul edilmektedir. Kelsen, normun hukuki geçerliliği için asıl koşulun, hem biçimsel geçerlilik hem de normun belirli bir hukuki düzene ait olması ile ilişkilendirmektedir.⁶³ Kelsen için, geçerlilik (Geltung) "*normun özgül (spécifique) varlığı biçimidir*"⁶⁴ Ona göre geçerlilik, normun bir özelliği, bir niteliği değil, ama "*onun özgül varlığı, ideal varlığıdır.*"⁶⁵ şeklinde tanımlanmaktadır.

⁵⁸ Koşum, "Hukukun İşlevleri Arasındaki Zıtlık ve Adaletin Üstünlüğü Bakımından İslam Hukuku", s. 57.

⁵⁹ Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, s. 193.

⁶⁰ a.g.e., s. 246.

⁶¹ Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, s. 196.

⁶² Kemal Gözler, "Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizme Göre Adalet Kavramı", *Muhafazakar Düşünce*, S. 15 (2008), s. 196.

⁶³ Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, s. 87.

⁶⁴ Türcan, *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, s. 182.

⁶⁵ Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, s. 87.

Kelsen ve kendisinin izinden giden hukukçulara göre hukuk sistemindeki bir norm ya diğer normların geçerliliklerinin kendisine dayandığı pozitif normdur ya da geçerlilik temeline sahip bir normdur. Bu durum her halükarda temel bir normun varlığını zorunu kılmaktadır ve normatif düzeninin içindeki diğer normların geçerliliğinin temelini oluşturmaktadır. Geçerlilik ise temel normun istediği biçime uygun olmakla sağlanabilmektedir.⁶⁶

Kelsen hukuki norm ile geçerli norm kriterini aynı manalarda kullanmaktadır. Ancak Türcan, hukukilik ve geçerliliğin ayrı kavramlar olduğunu normun yetkili organlar eliyle konulmak suretiyle hukuk düzeninde vücut bulması ve aynı zamanda yürürlük şartlarını taşımasının farklı durumlar olduğunu ifade etmektedir.⁶⁷

Normların pozitif düzeyde ne derece bağlayıcı olduğunun anlaşılmasında ise; adalet ve etkililik unsuru yeterli görülmemektedir. Yapısı itibariyle objektif ve hukuk mantığına uygun olan, biçimsel geçerlilik ölçütü daha yeterli görülmektedir.⁶⁸

3.4. HUKUKİ FORMALİZMİN FAYDALARI

Form ve formalizme dair uygulamalar, kamu düzeni, hukuki işlemlerin güvenliği, toplumun maslahatı ve bireylerin işlerini daha kısa sürede sonuçlandırabilmeleri gibi amaçlarla ortaya çıkmıştır. Hukuki işlemlerde formalizme başvurulmasının nedenlerinden ilki tarafların birbirine olan güven duyma ihtiyacıdır. Bu bakımdan hukuki işlemlerde şekilcilik, özel ve tüzel kişiler arası güveni temin eden bir mekanizma olmaktadır.⁶⁹ Ayrıca hukuki işlemlerde formalizm, hukuki muamelelerde geliş güzel davranılmasının önüne geçmekte ve tarafların daha isabetli kararlar vermesine sebep olmaktadır.⁷⁰

Formalizm uygulamasının diğer bir faydası ise; hukuki işlemlere açıklık getirmesidir. Bu sayede hukuki işlemi meydana getiren irade beyanının, açık ve kesin olarak anlaşılması gerçekleşmiş olmakta ve böylelikle hukuki işlemlerde ispat kolaylığı da sağlanmış olmaktadır.⁷¹ Şekle uygun yapılmayan işlemlerde, tarafların bu işlemi

⁶⁶ Türcan, *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, s. 182.

⁶⁷ a.yer.

⁶⁸ Türcan, *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, s. 184.

⁶⁹ Berki, “İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Şekil”, s. 1175.

⁷⁰ Hüseyin Altaş, *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Ankara: Yetkin Yayınları, 1998, s. 61.

⁷¹ Adnan Tuğ, *Türk Özel Hukukunda Şekil*, Konya, 1994, s. 47.

inkâr etme ve unutmaya ihtimali mevcut olmaktadır. Ancak hukuki işlemin belli bir düzen içerisinde yapılması uyumsuzlukları azaltmaktadır. Aynı zamanda meydana gelen hukuki işlemlerde ispat kolaylığı sağlamaktadır. Böylelikle tarafların unutmaya ve işlemin inkârı ihtimali ortadan kalkmaktadır.⁷²

Hukuki formalizme bağlı olarak yapılan hukuki işlemlerin bir diğer faydası ise; hukuki işlemin hâkim tarafından daha kolay ve daha gerçekçi yorumlanmasını sağlayacak olmasıdır.⁷³ İşlemin sınırlarının çizilmiş olması, olumlu ya da olumsuz tüm ihtimallerin bilgi dâhilinde olmasını sağlayarak, hukuki yargılamayı daha kolay kılacaktır. Böylelikle hüküm görecelik arz eden ve hükmün nesnellğine zarar verebilecek olan unsurlardan etkilenmeyecektir.⁷⁴ Hukuki formalizm, hukukun çizilmiş olduğu sınırları koruyarak, kanuna karşı hile yapılmasının da önüne geçmekte ve hukuki güvenliği temin etmektedir.⁷⁵ Hukuki güvenlik ilkesiyle, kazanılmış hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması sağlanmaktadır.⁷⁶

Hukuki formalizmin diğer bir yararı ise; yargılama sürecinde maddi gerçekliklere ulaşmayı kolaylaştırmasıdır. Böylelikle hukuki işlemlerde adaletin uygulanması sağlanacak ve hukukun amacı olan adaletin temini gerçekleştirilecektir.⁷⁷

3.5. HUKUKİ FORMALİZMİN ZARARLARI

Hukuk normlarında formalizm uygulamasının faydalı ve olumlu tarafları olduğu gibi zararlı ve olumsuz tarafları da bulunmaktadır. Bu zararların en başında ekonomi ve ticaret hayatın yavaşlatılması örnek gösterilebilir.⁷⁸ Ticaretin taraflar arası güven ve çabukluk ilkesine bağlı gelişim göstermesi, hukuki muamelelerde forma tabi olmakla engellenmektedir. Böylece şekilcilik bir yandan düzen unsuru ve güveni temin ederken, bir yandan da hayatın akışını yavaşlatan ve zaman kaybına neden olan bir özelliğe sahip olmaktadır.⁷⁹

⁷² a.yer.

⁷³ Altaş, *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, s. 67; Belgesay, *Formalizm ve Ticari Defterlerin İspat Kuvveti*, s. 63; Tuğ, *Türk Özel Hukukunda Şekil*, s. 47.

⁷⁴ Ermenek, "Medeni Usûl Hukukunda Şekilcilik", s. 4.

⁷⁵ Mehmet Altundış, "Hukuki Güvenlik İlkesi", *Yasama Dergisi*, sy. 10 (2008), ss. 61-62.

⁷⁶ a.g.e., s. 62.

⁷⁷ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa, 2008, ss. 79-82.

⁷⁸ Tuğ, *Türk Özel Hukukunda Şekil*, s. 4.

⁷⁹ a.g.e., ss. 4-5.

Hukuki işlemlerde mutlak surette şekle tabi olmak, hukuki işlemlerin yapılmasını güçleştirip tarafların işlemi ertelemesine yahut işlemin tamamen askıya alınmasına neden olmaktadır. Aynı zamanda bu sebeple yaşanan, zaman ve para kaybı, tarafların bu işlemde tamamen vazgeçmesinde de etkili olmaktadır.⁸⁰ Ayrıca şekil şartları bazı durumlarda ispatı kolaylaştırırken bazı durumlarda ispatın önüne set olmakta ve maddi hukukun bireye tanıdığı hakka ulaşılmasını engellemektedir. Bu husus özellikle kanuni delil sistemini kabul eden ülkeler için ciddi bir sakınca oluşturmaktadır.⁸¹ Kanuni delil sisteminde hâkim, delillerin değerlendirilmesinde şekle uymak zorunda olduğundan, kanunun öne sürdüğü ve kabul ettiği deliller dışında herhangi bir delille değerlendirme yapamamaktadır. Bu durumun neticesi muameleyle alakalı olarak gerçek hükme ulaşmayı engellemektedir.⁸²

Medeni kanunda ispat bakımından getirilen şekil kuralları ise; hâkimin maddi hukuka uygun olarak karar vermesini engelleyerek sosyo- ekonomik manada güçsüz kimseler için haklarını temin edebilme noktasında tehlike arz etmektedir.⁸³

4. TÜRK HUKUK DOKTRİNİNDE FORMALİZM

Hukuki muamelelerde formalizm uygulaması, Türk Hukuk sisteminde belli norm kalıplarıyla varlık göstermektedir. Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Hukuku, Türk Ticaret Hukuku, Türk İş Hukuku ve Medeni Usul Hukuku, formalizm örneklerinin mevcut olduğu alanlardır. Konuyla ilgili olarak, Türk Medeni Kanununda şekle ilişkin en genel düzenlemeyi içeren madde örnek gösterilebilir. Özellikle ispat şeklini içermesi bakımından, Türk Medeni Kanununun altıncı maddesinde yer alan ‘*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.*’⁸⁴ ifadeleri hukuki neticeleri ortaya çıkaran şartların, iddia sahipleri tarafından sunulması gerektiğini açıklığa kavuşturulması gerektiğini izah etmektedir. Böylelikle kanun, ispat şeklini tanımlamış ve ispatın unsurlarını belirlemiş olmaktadır.⁸⁵ Medeni Kanunda sözlü, yazılı ve resmi şekle ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

⁸⁰ a.g.e., s. 48.

⁸¹ Tuğ, *Türk Özel Hukukunda Şekil*, s. 48.

⁸² Kamil Yıldırım, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul: Kazancı Kitap, 1990, s. 87.

⁸³ Tuğ, *Türk Özel Hukukunda Şekil*, s. 48.

⁸⁴ Türk Medeni Kanunu, md. 6.

⁸⁵ Erdal Tercan, *Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı*, Ankara, 2001, s. 53.

Medeni Kanununun 135. maddesinde evlenme başvurusuyla ilgili olarak; “Başvuru, evlenecekler tarafından yazılı veya sözlü olarak yapılır.” şeklinde belirtilen kural ile başvurunun, tarafların yazılı yahut sözlü herhangi bir başvurusuyla geçerli kabul edileceği ifade edilmektedir. Böylelikle yazılı ve sözlü şekil düzenlenmiş olmakta ve evlenme akdi ile alakalı olarak başvuru sürecinde formalizmin doğuracağı muhtemel problemlerin ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır.⁸⁶ Evlenme akdinde şekille ilgili diğer bir düzenleme ise; “Evlendirme memuru, evleneceklerden her birine birbiriyle evlenmek isteyip istemediklerini sorar. Evlenme, tarafların olumlu sözlü cevaplarını verdikleri anda oluşur. Memur, evlenmenin tarafların karşılıklı rızası ile kanuna uygun olarak yapılmış olduğunu açıklar.”⁸⁷ maddesinde belirtilmekte, tarafların sözlü ve olumlu olarak iradelerini beyan etmelerini evlenmenin gerçekleşmesi için resmi şekli ve sözlü şekli beraber düzenlemiş olmaktadır. Medeni Kanununun 538.maddesi ise; yazılı şekle ilişkin yapılan düzenlemelere örnek teşkil etmektedir. “El yazılı vasiyetnamenin yapıldığı yıl, ay ve gün gösterilerek başından sonuna kadar miras bırakanın el yazısıyla yazılmış ve imzalanmış olması zorunludur.”⁸⁸ ifadesiyle vasiyetle alakalı bahsi geçen şekil şartlarını zorunlu kılmaktadır. Böylece meydana gelebilecek herhangi bir olumsuzluğun ve haksızlığın önüne geçilmiş olmaktadır.

Türk Borçlar Hukuku alanında ise; Medeni Kanunda olduğu gibi bir şekil şartı mevcut değildir. Bu alanda akit serbestliğinin bir uzantısı olarak şekil serbestliği de bulunmaktadır. Sözleşmelerin şekli ile ilgili olarak “ Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uymaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz”⁸⁹ şeklinde ifade edilen kanun, şekil serbestliğinin kural, şekil zorunluluğunun istisna olduğunun bir işareti olmaktadır.⁹⁰ Ancak bazı sözleşmelerde şekil serbestliği bulunmamaktadır. Türk Borçlar Kanununun 484. maddesi gereği, kefalet sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekil şartlarına uyulmasıyla mümkün

⁸⁶ Ermenek, “Medeni Usül Hukukunda Şekilcilik”, ss. 6-7.

⁸⁷ Türk Medeni Kanunu, md. 142.

⁸⁸ Türk Medeni Kanunu md. 538.

⁸⁹ Türk Borçlar Kanunu md. 12.

⁹⁰ Ermenek, “Medeni Usül Hukukunda Şekilcilik”, s. 8.

olmaktadır.⁹¹ Bir gayrimenkulün satışı ise; Borçlar Hukuku 213. madde gereği, ancak resmi bir senede bağlı olması şartı ile geçerlilik kazanmaktadır.⁹²

Türk Borçlar Hukukunda olduğu gibi Ticaret Hukukunda da sözleşme serbestisi ilkesi geçerlidir. Ancak ticari defterlerle alakalı olarak sıkı şekil şartları uygulanmaktadır.⁹³ Türk Ticaret Kanununda“ (1) *Her tacir, ticari işletmesinin açılışında, taşınmazlarını, alacaklarını, borçlarını, nakit parasının tutarını ve diğer varlıklarını eksiksiz ve doğru bir şekilde gösteren ve varlıkları ile borçlarının değerlerini teker teker belirten bir envanter çıkarır.*”⁹⁴ “*Tacir açılıştan sonra her faaliyet döneminin sonunda da böyle bir envanter düzenler. Faaliyet dönemi veya başka bir kanuni terimle hesap yılı on iki ayı geçemez. Envanter, düzenli bir işletme faaliyetinin akışına uygun düşen süre içinde çıkarılır.*”⁹⁵ “*Maddi duran malvarlığına dâhil varlıklarla, ham ve yardımcı maddeler ve işletme malzemeleri düzenli olarak ikame ediliyor ve toplam değerleri işletme için ikinci derecede önem taşıyorsa, değişmeyen miktar ve değerle envantere alınırlar; şu şartla ki, bunların mevcutları miktar, değer ve bileşim olarak sadece küçük değişikliklere uğramış olsunlar. Ancak, kural olarak üç yılda bir fiziksel sayım yapılması zorunludur.*”⁹⁶ “*Aynı türdeki stok malvarlığı kalemleri, diğer aynı nitelikteki veya yaklaşık aynı değerdeki taşınabilir malvarlığı unsurları ve borçlar ayrı ayrı gruplar hâlinde toplanabilir ve ortalama ağırlıklı değer ile envantere konulabilir.*”⁹⁷ maddeleriyle defterlerin kim tarafından tutulacağı, defterlerin saklanma süresi, defterlerin tasdik ettirilmesi ve düzenlenmesi, tutulması zorunlu olan defterler, defterlerin teslimi ve ibraz mecburiyeti zorunlulukları hakkında şekil şartları belirtilmektedir. Kanun, ticari defterler hususunda çok sıkı şekil şartları öngörmekte ve bu şartlara uymamayı da maddi yaptırıma bağlamaktadır.⁹⁸

Türk Hukuk Doktrininde hukuki muameleler, kanunların varlığı sebebiyle belli bir şekle uygun yapılmaktadır. Medeni Usûl Hukuku da, şekil şartlarının en fazla uygulandığı alanlardan biri olmakta ve “*mahkemelere taşınan veya taşınmak istenen bir*

⁹¹ a.yer.

⁹² Aydın Zevkliler, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, Ankara, 2001, s. 9.

⁹³ a.yer.

⁹⁴ Türk Ticaret Kanunu md.66/1.

⁹⁵ Türk Ticaret Kanunu md.66/2.

⁹⁶ Türk Ticaret Kanunu md.66/3.

⁹⁷ Türk Ticaret Kanunu md.66/4.

⁹⁸ Ermenek, “Medeni Usûl Hukukunda Şekilcilik”, s. 9.

uyuşmazlık çerçevesinde, bir tarafın diğer tarafla ya da tarafların mahkeme ile ve mahkemenin kendi içindeki diğer mahkemelerle olan ilişkisini düzenlemektedir.”⁹⁹

Medeni Usûl Hukuk kuralları, hem mahkemeler hem de taraflar açısından emredici niteliktedir ve bu sahada şekilcilik esas kabul edilmektedir. Bu durum yargılama ile ilgili konularda gerçeğe ulaşmak için oldukça önem arz etmektedir.¹⁰⁰ Ayrıca Medeni Usul Hukukunda kanuni delil sistemi geçerli olduğundan¹⁰¹ kanunun ön gördüğü delilden başka bir delille yapılan ispat geçerli sayılmamaktadır. Bu durumda hâkim, kesin delillerle yani şartlarını, hükümlerini ve sonuçlarını kanunun belirlediği delillerle ispatlanan durumun, gerçeği temsil ettiğini kabul etmektedir. Sınırları belirlenmiş delillerle karar verilmesi objektif sonuçlar ve hukuki güvenlik açısından da belirleyici olmaktadır.¹⁰²

Medeni usul hukukunda hem mahkeme hem de tarafların tabi olacağı belli öngörölmüş sürelerin bulunması senede karşı senetle ispat kuralı ve belirli bir meblağı geçen hukukî işlemlerin senetle ispatlanması zorunluluğu bu alandaki şekilciliğe bariz örnek teşkil etmektedir.¹⁰³

⁹⁹ Yavuz Alangoya, Kamil Yıldırım, Nevhis Deren Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, İstanbul: Beta Basım Dağıtım, A.Ş., 2011, s. 87.

¹⁰⁰ a.yer.

¹⁰¹ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Basımevi, 2013, s. 604.

¹⁰² a.yer.

¹⁰³ Ermenek, “Medeni Usûl Hukukunda Şekilcilik”, s. 9.

İKİNCİ BÖLÜM

HİLE-İ ŞER'İYYE

1. HİLE-İ ŞER'İYYE

İslam dinine mensup olan bireyler, işlemiş oldukları her fiilden dolayı hem dünyevi hem de uhrevi olarak sorumlu tutulmaktadırlar. Yapılan fiillerin hem bu dünyada bir karşılığı hem de ahiret hayatında bir mükâfatı yahut bir cezası olmaktadır.

Allah-u Teâla Kıyame Suresinde; “*İnsan, kendisinin başıboş bırakılacağını mi zanneder?*”¹⁰⁴ buyurmaktadır. Bu sebeple Müslümanlar fiillerini şer’i şartlara uygun olarak yapmak zorundadırlar. Nassları yorumlarken ve o naslardan hüküm çıkartırken lafız-anlam ve maksat uyumu ana esas olarak kabul edilmektedir.

Ancak görünürde bu uyum tam olarak sağlanamadığında, gâî/amaçsal yoruma başvurmak gibi hukuki olaylara meşruiyet kazandırıp çözümlenmek ve onları şeklen hükme bağlamak zorunlu hale gelmektedir. Bahsi geçen bu hukuki çarelere de İslam hukuku literatüründe “hîle”, daha teknik bir ifade ile “ hîle-i şer’iyye” denilmektedir.¹⁰⁵

İnsanın gerçekleştirmiş olduğu hukuki fiilleri meşru düzene aykırı olmayacak şekilde sokmaya çalışırken kullandığı hukuki çıkış yolları gerçekten meşru olana mı sevk ediyor? yoksa zihinde canlandırdığı ilk anlam gibi gerçekten aldatma maksadı mı taşıyor? Bununla alakalı tespitleri, ulemanın görüşlerini, dayandıkları delil ve örnekleri ileriki başlıklarda izah etmeye çalışacağız.

1.1. TANIM

Hîle kelimesi Arapçada havl, muhâvele, tahavvül, tahayyül, ihtiyâl gibi farklı kalıplarda kullanılmış olmakla birlikte hepsinin sözlük anlamı “*kuvvet, zekâ keskinliği, maharet ile işleri iyi yönetme becerisi (kudret)*” şeklinde ifade edilmektedir.¹⁰⁶ Hîle kelimesinin kökü “*h.y.l.*” değil “*h.v.l.*” dir. Havl ve tahavvül “*bir durumdan başka bir duruma erilmek, değişiklik göstermek, maksada ulaşınca kadar fikir değiştirmek*”

¹⁰⁴ El-Kıyame 75/36

¹⁰⁵ Ercan Eser, “İslam Hukuku Açısından Hilenin Meşruiyeti (İslami Finans Kurumları Örneği)”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 25 (2015), s. 225.

¹⁰⁶ Saffet Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, İstanbul: Birleşik Yayıncılık, 1996, s. 93.

anlamındadır.¹⁰⁷ Hile kelimesi sözlük anlamı itibariyle gayrimeşru bir amaca ulaşmak için çaba göstermek anlamında kullanıldığı gibi hikmet ve tedbir anlamında da kullanılmaktadır.¹⁰⁸

Nisa suresinde “ *Ancak gerçekten zayıf ve güçsüz olan, çaresiz kalan ve hicret etmeye yol bulamayan erkekler, kadınlar ve çocuklar başkadır.*”¹⁰⁹ şeklinde çare manasında kullanılmaktadır. Zaman zaman da mahreç, “*çıkış yolu*”¹¹⁰ manasında kullanılmaktadır. Örneğin Talak suresinde “*Boşanan kadınlar iddetlerinin sonuna varınca, onları güzelce tutun yahut onlardan güzelce ayrılın. İçinizden iki âdil kimseyi şahit tutun. Şahitliği Allah için dosdoğru yapın. İşte bununla Allah’a ve ahiret gününe inanan kimselere öğüt verilmektedir. Kim Allah’a karşı gelmekten sakınırsa, Allah ona bir çıkış yolu açar.*”¹¹¹ Mealindeki ayette bu anlam içeriği ile ifade edilmiştir. Hile kelimesinin çoğulu olan hiyel, Hz. Peygamber’in hadislerinde de geçmektedir. “*Yahudilerin irtikap ettikleri şeyleri siz de işlemeyin. Onlar Allah’ın haramlarını en bayağı (aşağılık) hilelerle (edna’l hiyel) helal kılmaya yeltenmişlerdir*”¹¹² buna örnek olarak gösterilebilir.

Arapçada hile kelimesinin anlamına karşılık gelen farklı kelimeler de bulunmaktadır. İslam hukukçuları hile-i şer’iyye konusu üzerinde çalışma yaparken bu kelimelerle de aynı manayı ifade ettikleri görülmektedir. Bunlardan bazıları hûd’a, tevriye, tedlis, tağrir, mihal, hilabe ve zeria şeklinde sıralanabilir.

Hûd’a veya hadi’a kavramı sözlükte; “*aldatmak, hile yapmak*” kelimesine denk gelmektedir. İnsanın içinde gizlediği şeyin aksini yapmasına da hûd’a veya hadi’a denilmektedir.¹¹³ Hûd’a, aynı zamanda “*bir şeyi veya bozuk (fesad) olanı gizlemek, içindeki gizlediği şeyin aksini göstermek, zararı def etmek menfaat elde etmek*”¹¹⁴ manalarına da gelir. Bu tür fiili işlemek için düşünme, tedbir ve dikkate gerek duyulmamaktadır. Hud’a sözcüğü bu anlamıyla hileden ayrılmakta¹¹⁵ bazı ayet ve

¹⁰⁷ a.yer.

¹⁰⁸ Saffet Köse, “Hiyel”, İstanbul: TDV İslam Araştırmaları Merkezi, 1998, c. 18, s. 170.

¹⁰⁹ En-Nisa 4/98

¹¹⁰ İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ’lamü’l muvakkı’in an Rabbi’l-âlemin*, Beyrut, t.y., C. 1-4, s. 23.

¹¹¹ El-Talak 65 /2

¹¹² İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ’lamü’l muvakkı’in an Rabbi’l-âlemin*, c. 1-4, s. 163.

¹¹³ İbnü’l-Esir, *en-Nihaye fi garibi’l-Hadis*, Kahire, 1963.

¹¹⁴ a.yer.

¹¹⁵ Ebû Hilâl el-Askerî, el-Hasan b. Abdillâh b. sehl b. Saîd, *el-Furûk fi’l-Luğa*, Kahire: Dâru’l- ‘İlm ve’s-Sekâfeti, t.y., s. 258.

hadislerde de verilen manaları ile kullanılmaktadırlar. “*Bunlar Allah’ı ve mü’minleri aldatmaya çalışırlar. Oysa sadece kendilerini aldatırlar da farkında değillerdir.*”¹¹⁶ ayetinde aldatma manasında, “*Eğer sana hile yapmak isterlerse, muhakkak ki sana Allah yeter. Seni yardımıyla ve müminlerle güçlendirecek olan O’dur.*”¹¹⁷ ayetinde kandırmak, hile yapmak manasında kullanılmakta, “*Harb, hûd’adır*”¹¹⁸ hadisinde savaşta kâfirlere karşı yapılacak hile, hûd’a olarak adlandırmaktadır. Hûd’a kelimesinin hile-i şer’iyye kavramı ile benzerliği incelendiğinde benzerliğin sözlük anlamından ibaret olduğu, ıstılahi olarak herhangi bir alakası bulunmadığı anlaşılmaktadır. Tevriye kelimesi ise; “*bir manada açık söz söyleyip onunla o sözün ihtiva ettiği başka bir anlamı kast etmek, gizlemek,*” tarz ise “*kapalılık*” anlamında kullanılmaktadır.¹¹⁹

Tedlis ve tağrir kelimeleri daha ziyade “*alış- verişlerde malın kusurunu müşteriden gizleme*” manasında kullanılmakta. hûd’anın bir türü olarak nitelendirilmektedir.¹²⁰ Aynı zamanda tedlis fiil ve gizleme yoluyla meydana gelen hileler, tağrir ise sözlü hileleri ifade etmek için kullanılmaktadır.¹²¹ Kur’an-ı Kerim de bazı ayetlerde “*Bu Allah’ın ayetlerini alaya almanızdan ve dünya hayatının siz aldatmış olmasındandır.*”¹²² “*Ey Muhammed! İnkârcıların memlekette gezip dolaşması seni aldatmasın.*”¹²³ “*Dinlerini oyun ve eğlenceye alanları, dünya hayatını aldatmış olduğu kimseler, bırak.*”¹²⁴ aldatma şeklinde geçmektedir.

Keyd kelimesi ise; “*aldatmak ve hile yapmak üzere hoş olmayanın (mekrûh) başkasına atılmasıdır.*”¹²⁵ şeklinde tanımlanmakta Cürcani ise “*aldatmak, kötülük etmek, hile yapmak, bir başkasına gizlice zarar vermeyi istemek*”¹²⁶ şeklinde değerlendirmektedir. Keyd kelimesi Kur’an-ı Kerimde “*Esasen şeytanın keydi (hilesi)*

¹¹⁶ El-Bakara 2/9

¹¹⁷ El-Enfal 8/ 62

¹¹⁸ Buhari, “Cihad”, 157, “Menakıb”,25, “İstiabe”6; Müslim, “Cihad”,18,19,.

¹¹⁹ Feyyûmî, Ahmed b. Muhammed b. Alî, *el-Misbâhu’l-Munîr fî Garîbi’ş-şerhi’l-Kebîr*, C. 1, s. 657.

¹²⁰ a.g.e., C. 1, s. 91.

¹²¹ Ali Muhyiddin Ali Karadağı, *Mebde’ür-rıza fil ukud dirase mukarene fi’i fikhî’l-İslami*, Beyrut, t.y.

¹²² El- Casiye 45/35.

¹²³ El-Mü’min 40/4.

¹²⁴ El-Enfal 6/69.

¹²⁵ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 98.

¹²⁶ Cürcani, *et-Ta’rifat*, Beyrut, 1983.

zayıftır.”¹²⁷ “Şüphesiz Allah kâfirlerin tuzaklarını yıpratıcıdır.”¹²⁸ şeklinde geçmekte hile, tuzak manasında kullanılmaktadır.

Mihal kelimesi sözlükte; “*kuvvet, kudret, hile, hileyi boşa çıkarma veya hile ile mukabele etme, gazap, şiddet, intikam, kin, helak ve tedbir*”¹²⁹ manalarına gelmektedir. Kur’ân’da sadece Râd süresinde “*Gök gürlemesi, Ona hamd ederek şanını tenzih eder. Meleklerde korkularından tesbih ederler. Allah yıldırımlar gönderir de onunla dilediğini çarpar. Böyle iken o kâfirler Allah hakkında mücadele ederler. Hâlbuki onun kuvveti veya mukabil hilesi pek şiddetlidir.*”¹³⁰ şeklinde geçmektedir. Allah’ın Hazreti Peygamber’e yardım ederek, müşriklerin hilelerini boşa çıkarması mihal kelimesiyle ifade edilmektedir.

Hûd’a, tevriye-tedlis-tağrir, keyd, mihal,ve hilâbe kelimeleri sözlük anlamları itibariyle hile manasını içermektedirler. Bu kelimelerin çoğunun ortak özelliği ise, kişinin niyet ettiği husus ile beyan ettiği hususun farklılık göstermesini içeriyor olmalarıdır.¹³¹

Hile manası içeren bu kavramlarda form olarak kusursuz bir uygulama mevcutken kanunun asıl manasına ters bir durumun gerçekleşmesi ve manası itibariyle kanunun ruhuna aykırı bir durum söz konusudur. Bu kelimeler insanlar arası muamelelerde daha yaygın kullanırken, hilenin hedefindeki asıl husus kanun koyucunun iradesi olmaktadır.

Hile kelimesinin ıstılahî manası hakkında ise net bir tanım bulunmamaktadır. Ancak İslam hukukunun meseleci yöntemi ve âlimlerin hilenin tanımı ve mahiyeti üzerinde yapmış olduğu muhtelif yorumlar, hileyi tanımlarken iki açıdan bakma gereksinimini doğurmakta sadece tanımı üzerinde yapılan yorumlar ile hilenin hem mahiyeti hem hükmü üzerinde yapılan yorumlar hile-i şer’iyyenin tam tanımına ulaşmamız noktasında yardımcı olacaktır.

¹²⁷ Nisa 4/76.

¹²⁸ Enfal 8/18.

¹²⁹ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 102.

¹³⁰ Rad 13/12-13

¹³¹ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 101.

1.2. İSLAM HUKUKÇULARININ HİLE TANIMLARI

Hile ile ilgili olarak Necmeddin en-Nesefi, “*hile kötülüğü (mekruhu) defetmek veya sevilenin (iyiyi) elde etmek için başvurulmuş her türlü yola denir*”¹³² şeklinde tanımlama yaparken Şatıbî, hileyi “*bir hükmü iptal etmek için görünüş itibariyle caiz olan bir amelin arkasına sığınarak görünüşteki hükmü başka bir hükme çevirmek*”¹³³ olarak tanımlamaktadır. Zekât mükellefi olan kimsenin zekât vermemek için malını bir başkasına hibe etmesini bu duruma örnek olarak göstermektedir.¹³⁴

Şatıbî hileyi, münafık ve riyakârların başvurduğu gibi batıl olduğu hakkında ihtilaf edilmeyen hileler, ikrah halinde küfür kelimesi söylemekte olduğu gibi caiz olduğu konusunda ihtilaf olmayan hileler ve bu iki kısma da dâhil olmayan olan hileler şeklinde üçe ayırmaktadır ki, bu sonuncusu hakkında ihtilaf edilen hiledir. Bir muamelenin hile kabul edilebilmesi için şer’i bir hükmü iptal etme maksadı taşıması gerektiğini vurgulamaktadır.¹³⁵

Şevkânî ise hileyi “*haramı helal, vacibi iskat etmek üzere başvurulmuş bir yoldur. Hileye başvuranlar veya cevaz verenler aslında yeni bir kanun koyucudur.*”¹³⁶ diyerek tanımlamakta, ona göre başvurulmuş yolun mücerret olarak “hile” şeklinde adlandırılması dahi onu defetmeye yetmekte ve şer’ân çirkin kabul edilmektedir.¹³⁷ Abdullah el-Merâğî, “*Kişi mükellef tutulduğu hükümleri iskât etmeye bir yol ve çare bulursa veya haramı mübah kılacak herhangi bir yol edinirse “muhtâl” (hile yapan) olarak adlandırılır, vesilesi (bulduğu yol) ise hile olarak adlandırılır*”¹³⁸ şeklinde tanımlamaktadır.

Hayreddin Karaman ise hileyi “*Amel ve tasarrufları şeklen zahiren fıkha uygun düşürmek, memnu olan hususları görünüşte meşru olarak yapabilmek için bulunan yollar, çareler, çıkış yollarıdır.*”¹³⁹ şeklinde açıklamaktadır.

Hilenin sözlük manası üzerinden yapılan tanımlamalarda mahiyeti ve hükmü göz ardı edilmektedir. Ancak hilenin mahiyeti ve hükmü üzerine temellendirilen tanımlar da

¹³² Köse, *Kanuna Karşı Hile*.

¹³³ a.yer.

¹³⁴ a.yer.

¹³⁵ Ebu Ubeyde Meşhur b.Hasan Âlü Selman Şatıbi, *Muvafakat*, 1997.

¹³⁶ Muhammed El-Havlâni Şevkânî, *Katru 'l-veli ala hadis 'il-veli*, Kahire, t.y.

¹³⁷ a.yer.

¹³⁸ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 110.

¹³⁹ Hayreddin Karaman, *İslam Hukuk Tarihi*, İstanbul: İz Yayıncılık, 2012, s. 23.

bulunmaktadır. Şems'ül-eimme es-Serahsi hile ile alakalı olarak “Kim şer’i hükümleri düşünürse bütün muamelelerin bu vasıfta olduğunu görür. Öyle ki hoşuna giden bir kadın gören kimse “ Ona ulaşabilmem için çare nedir?” diye sorduğunda ona “Onunla evlen” denir. Bir cariyeyi arzu edip bu konuda ona ulaşmam için çare nedir? diye sorulduğunda “onu satın al” diye cevap verilir. Hanımıyla bir arada bulunmak istemeyen kişinin “ondan kurtulmak için çare nedir? şeklinde sorusuna “onu boşa” denir. Boşadıktan sonra pişman olan kişi de çare sorarsa “ona dön” denir. Şayet karısını üç talakla boşamışsa kadında kötü huyundan vazgeçtiyse birbirlerine dönebilmeleri için kadının cinsi münasebette bulunmak kaydıyla bir başka adamla nikâhlanması söylenir. O halde hükümlerdeki hileleri kerih gören gerçekte şer’i hükümleri kerih görmüştür. Netice olarak kişinin kendisiyle haramdan kurtulduğu veya kendisiyle helale ulaştığı hileler güzeldir. Birisinin hakkını iptal edip hakkı batıl, batılı hak gösteren ve şüpheye götüren hileler tahrimen mekruhtur.”¹⁴⁰ demektedir.

Ebu Hatim el- Kazvini ise hileyi; mahzurlu, mübah ve mekruh olarak üç kısımda ele alarak mahzurlu hilelerin ihtiyaç olması durumunda sadece fakihlere öğretilmesi gerektiğini, mübah hilelerin, sorulduğunda fakihlerin cevap vermesi ve vakıf olması gereken hileler olduğunu ve mekruh hilelerin ise, başkasına öğretilmesi mekruh olan hileler olduğu şeklinde bir tanımlama yapmaktadır.¹⁴¹

Ulemanın bir kısmı hilenin manası üzerinde dururken bir kısmı mahiyeti üzerinde durmakta, hakkında ittifak olan hükümler ve ruhsatların hile olarak ele alındığı görülmektedir. Fıkhi olarak mahiyeti belli olan hükümler sorun teşkil etmezken, zahiren kusursuz fakat kanun koyucunun emrettiği normun amacına aykırı olan bir muamele söz konusu olduğunda hükmün ne olacağı ihtilaf oluşturmaktadır.¹⁴² Bahsi geçen âlimler hedefe ulaştıran mübah vesileyi hile olarak kabul etmekte bu vesilenin meşruluğu üzerinde durmaktadırlar. Meşru olan vasıtalarla yine meşru olan hedeflere ulaştıran hileler hususunda bir ihtilaf da bulunmamaktadır.

Şemsüleimme Serahsi, akitleri, kişinin istediğini elde etmesini, hile olarak ele almakta ve kişinin hoşuna giden bir kadına ulaşabilmesi için nikâh akdini hile olarak

¹⁴⁰ Şemsül-eimme Muhammed b.Ahad b. Sehl Serahsi, *el-Mebcut*, çev. Cevat Akşit, Kahire: Gümüşev, 2008. S. 210.

¹⁴¹ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 109.

¹⁴² a.g.e., s. 107.

kabul etmektedir.¹⁴³ Allah'ın meşru kılmış olduğu bu tasarrufa¹⁴⁴ yönelik bir kişi normun şekline ve ruhuna uygun hareket ettiği gibi bu kastıyla şer'i çerçeve içerisinde bir tasarrufta bulunmakta dolayısıyla bu durum hukuki bir muamele olarak kabul edilmektedir.¹⁴⁵

Şa'bi ise *"Helal olan şeylerde hileden beis yoktur ve bu tür hileler caizdir."*¹⁴⁶ demektedir. Bu konuya örnek olarak ise şu hadise zikredilmektedir. *"İki kız kardeşle evlenen iki erkek kardeş yanlışlık neticesiyle her birisi diğerinin nikâhlısı ile zıfafa girmişler ve mesela sabahleyin ortaya çıktığında İmam Azâm'a bildirmişler. O da eşlerin birbirinden razı olduklarını tespit ettikten sonra erkeklere eski nikâhlılarını bir talakla boşamalarını ve zıfafa girdikleri kadınlarla nikâhlanmalarını söylemiştir."*¹⁴⁷ Burada meşru olan bir hükmün uygulanması söz konusu olmaktadır.

Gayrimeşru vasıtalarla gayrimeşru neticelere ulaşmaya çalışmak ise, Kazvini'nin mahzurlu hile olarak kabul ettiği caiz olmayan tasarruflar kapsamında olup haramdır.¹⁴⁸ Buluş çağına ermiş bakire bir kız kendisine denk bir talip çıktığında babasının onu evlendireceğinden endişe ederse, bana talip olan şahıs sütkardeşimdir derse babasının o kızını bu kişiyle evlendirmesi sahih olmaz.¹⁴⁹ Namazı düşürmek için namaz vaktini sarhoş geçirmek üzere içki içmek¹⁵⁰ veya hacc ibadetini yapmamak için malını elinden çıkarıp başkasının mülkiyetine geçirmek¹⁵¹ gibi muameleler hile kapsamında değerlendirilmektedir. Verilen örnekler, hile kapsamında değerlendirilmeden önce de hükümleri belli, caiz olmayan muamelelerdir. Bunlar hileden ziyade gerçek dışı beyandır ve şekil olarak da hukuka aykırıdır.¹⁵²

İslam'da ruhsat verilen yerler dışında yalan yasaklanmış ve haram kılınmıştır.¹⁵³ Namaz vaktini geçirmek için içki içmek hem farz olan bir ibadetinin eda edilmemesi

¹⁴³ Serahsi, *el-Mebsut*, s. 210.

¹⁴⁴ Nisa 4/3, Nur 24/32, Mümtehin 60/10.

¹⁴⁵ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 107.

¹⁴⁶ a.g.e., s. 109.

¹⁴⁷ a.yer.

¹⁴⁸ a.yer.

¹⁴⁹ a.g.e., s. 110.

¹⁵⁰ a.yer.

¹⁵¹ a.yer.

¹⁵² a.yer.

¹⁵³ Tirmizi "Birr", 18; Muvatta, "Kelam", 15.

hem de haram olan bir hükmü ihlal etmek gibi iki önemli duruma sebep olmaktadır ve dolayısıyla suç teşkil etmektedir. Zekâtı ıskat etmek için malı itlaf etmek ise açıktan açığa kanunun ihlalidir. Kişi kendi malı dahi olsa boş yere itlaf edemez.¹⁵⁴ Bu muameleler gayr-ı meşru yolla yine gayr-ı meşru bir neticeye ulaşmayı ihtiva ettiğinden, bunların hilenin sözlük anlamı kapsamında değerlendirilmesi yerinde olmamaktadır. Yapılan tüm tanımlamalardan ziyade Kur'an ve sünnetin hile olarak ele aldığı örneklerde şekil itibariyle meşru olan bir yolla, kanunun nehyettiği bir neticeyi elde etmek kastı bulunmaktadır. Bir muamelenin hile olarak tanımlanabilmesi için muamelenin zahiri bakımdan kanuna uygunluğu ve kusursuzluğu, kanun koyucunun vazettiği normun ruhuna, maksadına aykırılığı ve hile kastı gibi üç temel unsurunun mevcut olması gerekmektedir.¹⁵⁵

Örneğin Rifa el-Kurazi'nin hadisesinde hilenin yukarıda belirtilen temel unsurları bulunmaktadır. Rifa el- Kurazi karısını boşamıştı. Karısı Abdurrahman b. ez-Zebir ile evlendi. Ancak bu evlilik cinsi temas yapılmayan sadece şekilde kalan bir evlilikti. Hz. Peygamber, kadının maksadının sadece ilk eşine dönmek olduğunu fark edince “*Sen Rifaa'ya dönmek mi istiyorsun? Sen yeni kocanla fiili evlilikte bulunmadıkça ona dönemezsin*” buyurdu.¹⁵⁶ Bu hadiste hilenin zahiren kusursuz bir evlilik, kanun koyucunun maksadına aykırı olan bir netice ve hile kastı bulunmaktadır. Bu unsurlardan birinin eksik olması durumunda tanımı yapılan hile şekillenmiş olmayacaktır.

Hilenin tüm unsurlarını barındıran diğer bir örnek ise Yahudilere cumartesi günü avlanmanın yasak oluşundaki hususta kendisini göstermektedir. Allahu Teâlâ Yahudilere cumartesi günü balık avını kesin bir emirle yasaklamıştır.¹⁵⁷ Fakat imtihan edilmeler için sürü sürü balıklar göndermektedir.¹⁵⁸ Onlar ise balıkları avlamak ve yasağı delmek maksadıyla Cuma günü ağlarını gererek yasak bittikten sonra bu ağları toplamaktadırlar.¹⁵⁹ Şekil olarak cumartesi günü avlanmamış olsalar dahi balıklar kurmuş oldukları ağlara cumartesi günü düşmekte dolayısıyla balıklar yine cumartesi

¹⁵⁴ Buhari “Zekât”, 18; “Husumat”, 2

¹⁵⁵ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 112.

¹⁵⁶ Buhari “Şehadet”, 3; “Talak”,; “Libas”,6,23; “Edeb”, 68.

¹⁵⁷ Bakara 2/65 ; Nisa 4/47, 154; A'raf 7/163.

¹⁵⁸ A'raf 7/163.

¹⁵⁹ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 112.

günü avlanmış olmaktadır. Yapmış oldukları şey balıkları cumartesi günü toplamak yerine pazar günü toplamış olmaktadır.¹⁶⁰ Bu hadisede yasağın illeti ortadan kalkmıştır ancak Allah'ın koymuş olduğu hüküm açıktan açığa değil de gizliden, dolambaçlı yollardan ihlal edilmiştir. İki örnek şeklen meşru fakat kanunun ruhuna aykırı muameleleri kapsamaktadır.

Hamide Topçuoğlu ise hileyi; " *İslamda hile-i şer'iyye hususi şahsın hukuk nizamından kaçmak için icad ettiği bir dolap değil, bizzat bu hukuk nizamının koruyucusu olan müctehid, müfti ve kadı gibi hukukçuların kesin şer'i hükümleri müşahhas bazı hadiselerin muğdiliyetine tatbik için icad ettikleri bir usuldür.*"¹⁶¹ şeklinde tanımlamaktadır.

Hile hakkındaki tanımlamalarda kelimenin sözlük manası ve mahiyeti göz önüne alınmak suretiyle iki sonuç elde edilmektedir. Genel itibariyle varılacak sonuç ise; makasida uygun olan meşru muamelelere cevaz verildiği, gayr-ı meşru vasıta ve muamelelere cevaz verilmediği yönündedir.

2. HİLE-İ ŞER'İYYENİN TEMELİNİ OLUŞTURAN UNSURLAR

Toplumsal, siyasal ve hukuki birçok hususu etkileyen hile-i şer'iyyenin temelini oluşturan iki ana unsur bulunmaktadır. Bunlar irade beyanı ve nassların lafzi yorumu olarak ayrılmaktadır.

2.1. İRADE BEYANI

Hukukun iki önemli amacı bulunmaktadır. Bunların ilki adaletin sağlanması ikincisi ise, toplumda hukuk düzeninin ve istikrarının devam etmesidir. Adaletin sağlanabilmesi için kanun koyucunun amacının iyi anlaşılması ve iç iradenin iyi kavranması gerekmektedir. Hukuki düzenin devamında ise niyetten, iç iradeden daha ziyade onun dışına nasıl yansıdığı yani iradenin beyanı önemli olmaktadır.¹⁶² İç irade ile irade beyanı uyumlu olduğunda herhangi bir ihtilaf söz konusu olmazken, iç irade ve irade beyanı çatıştığında mezhep imamları farklı görüşler ileri sürmektedirler.¹⁶³

¹⁶⁰ Köse, 1996, ss.115

¹⁶¹ Hamide Topçuoğlu, *Kanuna Karşı Hile*, Selüloz Basımevi,1950, İzmit, s.282.

¹⁶² Turhan Esener, "Borçlar Hukuk Sistemine Göre Akitlerin İnki'adında İtimat Prensibinin Ehemmiyeti", *AÜHDF*, sy. 4 (1952), s. 167.

¹⁶³ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 15.

İrade, sözlükte “istemek, dilemek” anlamına gelmektedir. Terim olarak ise; “nefsin yapılması gerektiğine hükmettiği bir işi, bir amacı gerçekleştirmeyi istemesi, ona yönelmesi” veya “canlıyı kendisinden, değişik mahiyetteki fiillerin doğmasını sağlayacak bir duruma getiren nitelik” yahut “bir fayda elde etme inancının ardından doğan eğilim” gibi farklı manalara gelmektedir.¹⁶⁴ İrade aynı zamanda harekete geçme gücü ve yeteneğidir, potansiyel kuvvetin aktive olabilmesi için onu etkileyen bir kuvvetin bulunması gerektiğinden, irade bu vazifeyi karşılayan unsur olmaktadır.¹⁶⁵ İrade, sadece psikolojik bir fonksiyon değil bilinçli bir seçme gücüdür. Bu sebeple kişiyi davranışlarının sonuçlarından sorumlu hale getiren ahlâkî bir ilke olmaktadır.¹⁶⁶ Bireyin yaşadığı içsel süreç irade ile alakalı olsa da iradenin hukuki bir sonuca bağlanması irade beyanı ile alakalı olmaktadır.¹⁶⁷ Niyet, akitlerin özünü oluşturmaktadır. Ancak İslam Hukukçuları, akitler hususunda ve toplumsal düzenin sağlanması ile ilgili konularda irade beyanını dikkate almaktadır. Kişinin irade ettiği ve zahirde mevcut olan durumun muhtelif olması halinde, hukuki işlemi gerekli kılacak eylemi nasıl değerlendirmemiz gerektiğini İslam hukukçuları farklı açılardan değerlendirmek suretiyle yorumlamışlardır.¹⁶⁸

İmam Şafii’ye göre hukuki işlemlerde asıl unsur kişilerin irade beyanlarıdır. Hukuki fiillerin hangi maksatla meydana geldiğinin araştırılması ise dünyevi boyutu değil ahireti ilgilendirmektedir.¹⁶⁹ “Sözünüzü gizleyin yahut onu açığa vurun; (fark etmez). Şüphesiz Allah, sinelerin özünü (kalplerde olanı) hakkıyla bilir.”¹⁷⁰ ayeti bu görüşü destekleyen delillerden olmaktadır. Ayet, kişilerin tasarrufları görünürde iyi olsa da niyetler kötü ise; fiillerin karşılığının niyetler nispetince, ahirette verileceğinin teminatı olmaktadır. İmam Şafii, hukuki düzenin sağlıklı olabilmesi için işlemlerin formel açıdan sıhhat şartlarına uygun olmasını yeterli kabul etmektedir.¹⁷¹ Hanbeli ve Maliki mezhebine göre ise; normların hukuki geçerliliğini sağlayan temel unsur niyettir.

¹⁶⁴ Mustafa Çağırıcı, Hayati Hökelekli, “İrade”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul:

Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM), t.y., s. 382.

¹⁶⁵ a.g.e., s. 383.

¹⁶⁶ H. Yunus Apaydın, “İrade Beyanı”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM), t.y., c. 22, ss. 387-91.

¹⁶⁷ a.g.e., s. 390.

¹⁶⁸ a.g.e., s. 391.

¹⁶⁹ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 73.

¹⁷⁰ Mülk 67/13

¹⁷¹ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 75.

Dolayısıyla kişiyi hukuki işlemlere yönlendiren gerçek iradenin şer'î prensiplere uygun olması gerekmektedir. Hukuki fiillerin görünürde normların biçimsel özelliklerine uygun olması hukuki geçerlilik için yeterli görülmemekte, geçerliliğin sağlanabilmesi için iç iradenin de hukuka uygunluk göstermesi gerekmektedir.¹⁷²

Hanefî âlimler ise irade ve beyan arasında mutlak bir seçim yapmamaktadırlar. Onlar yoruma mahal vermeyecek boyuttaki beyanı tercih ederken, gerçek iradeyi izah eden deliller bulunması durumunda ise iradeyi tercih etmektedirler. Hukuki işlemlerin kurulmasında gerçek iradenin mi dışa yansıyan iradenin mi temel alınacağı problem oluşturmamaktadır.¹⁷³

İbn Nuceym asıl problemi; *“Esas olarak tartışılan husus, gerçek iradenin yöneldiği amaç (saik) uhrevî sorumluluğu gerektirse bile, onun elde edilmesinde başvurulmuş ve hukuki forma uygun düşen beyanın hukuki sonuç doğurup doğuramayacağı meselesidir. Bu bağlamda Hanefî hukukçular, daha çok zahiri(objektif) değerlendirmeyi esas almakta ve hukuki formun uhrevî bir sorumluluğu gerektiren bir amaç için vasıta kılınmasını, prensip olarak onun sıhhatiyle ilgilendirmemektedirler.”*¹⁷⁴ şeklinde ifade etmektedir. Ancak maksadın meşru olmadığı anlaşıldığı takdirde, görüneni bırakıp gerçek iradeye göre hüküm vermenin gerekli olduğu görüşündedirler.¹⁷⁵ Hakkın kötüye kullanılması durumunda, karşı tarafın menfaatine zarar verilmesi söz konusu olduğu için sorumluluk sadece dünyevi olmayıp aynı zamanda uhrevî bir boyutu bulunmaktadır. Bu sebeple hukuki bir değerlendirme gerekli olmaktadır.¹⁷⁶

Hanefîler aynı zamanda inkâr üzerine gerçekleşen barışın hukuk tarafından tanınması gerektiğini savunmakta, hukuki sorumluluğunun ahireti kapsadığını, yapılan sözleşmenin geçerli olması gerektiğini ifade etmektedirler. Ancak kişinin beyan ettiği ifadenin gerçek olmaması gibi durumlarda ve bu durumun ispatı da mevcutsa, karineler bağlamında gerçek olan irade temel alınmaktadır.¹⁷⁷

2.2. NASLARIN LAFZİ YORUMU

¹⁷² Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul: İz Yayıncılık, 2012, c. 1-3, ss. 63, 373-74.

¹⁷³ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 75.

¹⁷⁴ Zeynüddin b. İbrahim İbn Nuceym, *el-Eşbah ve'n-nezair*, Beyrut, 1985, s. 77.

¹⁷⁵ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 67.

¹⁷⁶ a.g.e., s. 68.

¹⁷⁷ Apaydın, “İrade Beyanı”, ss. 387-91.

Hile-i şer'iyenin temelini oluşturan ikinci unsur ise; nassların tefsir edilmesinde lafzi yorumun esas alınmasıdır.¹⁷⁸ İslam hukuku, özel hukuk ve kamu hukuk alanlarında temel hükümler içermektedir. Hükümlerle ilgili detaylar zamanın gerekliliği ve mekânın imkânlarına göre uygulanmak üzere icthad yöntemine bırakılmaktadır.¹⁷⁹ İctihad müessesesi, İslam hukukunun temel prensiplerini detaylandırmak bakımından oldukça geniş bir alana sahiptir. İbn Aşur; Hz. Peygamber döneminde fikhin detaylandırılan kısımlarının, ibadetlerle alakalı konular olduğunu belirtmektedir. İbadetlerin her asırda devamlılığını ve bağlayıcılığını devam ettirebilmesi için hükümlerin yoruma mahal vermeyecek şekilde olması gerekmektedir. Muamelat konularında ise; zamana ve şartlara göre değişkenlik göstermesi dikkate alınıp, ibadetler konusu kadar detaylandırılmadığı belirtilmektedir.¹⁸⁰ Kur'an da muamelatla ilgili konuların genel hükümler şeklinde belirtiliyor olması, toplumsal düzenin hâkim hale getirilmesi için önem arz etmektedir. Genel kaidelerin, özel durumlarda geçerli olup olmayacağı konusu içinse kaidelerin yorumlanması oldukça dikkat çekici olmaktadır.¹⁸¹

Kanunlar, hüküm ortaya koymanın vasıtalarıdır. Bu sebeple kanunun yorumlanması, kanun koyucunun iradesini ortaya koyabilmek bakımından önemlidir. Kanunları, uygulandığı çevreyle irtibat halinde değerlendirmek hakiki mananın anlaşılması için gerekli olmaktadır. Kanunların yorumlanmasında, izlenecek ilk yöntemin, lafzi yorum yöntemi olduğunu ileri sürenler, başta ana işaretlerin ortaya konulması gerektiğini ifade ederek, içsel mananın değerlendirilebilmesini sonraki adım olarak görmektedirler.¹⁸²

Kanun uygulayan makamların tavrı, toplumun kanunlara karşı olan güven hissini beslenmesine, hukuki düzenin, asıl amacının yerine getirilmesine vesile olacaktır. Bu sebeple yalnızca lafzi yorum yöntemine bağlı kalmak, bireyi kanunların amaçlarından uzaklaştırmaktadır.¹⁸³ Aynı zamanda şekil şartları, hayatı donmuş kalıplara sokmaktadır. Hukuk ilminin kavramları, hayatın gerçekliğiyle idealler arasında köprü vazifesi gördüğünden bu donukluk, amacın göz ardı edilmesine neden

¹⁷⁸ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 81.

¹⁷⁹ Hayreddin Karaman, *İslam Hukukunda İctihad*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2015, s. 27.

¹⁸⁰ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 83.

¹⁸¹ a.yer.

¹⁸² Ali Himmet Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, Ankara: Güney Matbaacılık, 1948, ss. 73-74.

¹⁸³ Hamide Topçuoğlu, *Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları)*, İzmit: Selüloz Basımevi, 1950, s. 4.

olmaktadır.¹⁸⁴ Lafzi yorum yönteminin ön plana çıkması bireyin ihtiyaçlarının karşılanması noktasında sorun teşkil ettiğinden adaletin sağlanmasına da engel olacaktır.¹⁸⁵ Beklenen adaletin gerçekleşmesi, bireyi kanunlara karşı hileye itecektir.¹⁸⁶ Hileli muameleler ise; kanunların etkisiz hale gelmesine neden olacaktır.

Nassların yorumlanmasında mananın dikkate alınmasının en güzel örneğini, Hz. Peygamber ve ashabının hayatında görüyoruz. Kur'an'da kalbi İslam'a ısındırılması istenen kimseler için zekât verilebileceği hükmü bulunmaktadır.¹⁸⁷ Hz. Peygamber ve Hz. Ebu Bekir bu hükmü uygularken Hz. Ömer, Müslümanların sayıca artması gerekçesiyle bu hükmü uygulamamıştır. Sebebin ortadan kalkması hükmü de ortadan kaldırmıştır.¹⁸⁸ Sahabe nassların tefsirinde mana ve maksadı ön plana alırken, akıl unsurunu da ihmal etmemektedir. Böylelikle icihad müessesesi canlılığını koruyarak fikhin dinamizmini sağlamış olmaktadır.¹⁸⁹ ,

Nassların tefsirinde lafzi yorum yönteminden soyutlanarak, mana odaklı yorumlanmasında hukukun düzen işlevinde sorunlar meydana gelmektedir. Toplumsal düzenin sağlanabilmesi ve kanunların koyuluş maksatlarının tespit edilebilmesi için lafzi yorum yöntemi önemli olmakta aksi takdirde kanunların suiistimal edilmesi söz konusu olmaktadır. Bu durumda bir hâkimin aynı suçu işleyen iki kişi için objektif karar vermesi oldukça zorlaşacaktır.¹⁹⁰

Allah'ın haram kılmış olduğu şeylerde sebepler bulunmaktadır. Örneğin; zinanın haram kılınmasında nesebin karışması ihtimali, fuşsun yayılması ve meşrulaştırılması endişe bunlardandır. Hamile kalmayan bir kadın için nesebin karışması sorun olmayacağından sebebin ortadan kalkmasıyla bireyler muameleyi meşru sayılabileceklerdir.¹⁹¹ Ancak haram kılınan muamelede sadece sonucun gerçekleşmiş olması değil süreci de fiili işlemiş olmak kapsamındadır. Nassların tefsirinde lafzi yorum yöntemi bırakıldığında bu ve daha birçok haram muamelenin önü açılmış

¹⁸⁴ Orhan Münir Çağıl, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1963, s. 15.

¹⁸⁵ Topçuoğlu, *Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları)*, s. 4.

¹⁸⁶ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 84.

¹⁸⁷ Tevbe 9/60

¹⁸⁸ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 85.

¹⁸⁹ a.g.e., s. 88.

¹⁹⁰ a.yer.

¹⁹¹ a.g.e., s. 90.

olacaktır. Kanunların uygulanması noktasında şekillerden soyutlanmış bir hukuk düzeninin mümkün olmayışı, nassların yorumlanışında lafzi yorum yönteminin önemini öne çıkarmaktadır.

3. HİLE-İ ŞER'İYYEYİ ORTAYA ÇIKARAN NEDENLER

Hile-i şer'iyenin temelini oluşturan irade beyanı ve nassların lafzi yorumlanması etmenlerinin dışında ayrıca, hile-i şer'iyyeye zemin hazırlayan nedenler de bulunmaktadır. Bu nedenler hukuki nedenler ve sosyal nedenler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

3.1. HİLE-İ ŞER'İYYEYİ ORTAYA ÇIKARAN HUKUKİ NEDENLER

İnsanları hile-i şer'iyeye yönelten belli başlı sebepler bulunmaktadır. Bunlar; hukuki manada eksiklikler, siyasi baskılar ve sosyal nedenler olarak ifade edilmektedir. İslam hukukunda hile-i şer'iyeyi ortaya çıkaran hukuki nedenlerin başında, İslam hukuk sisteminin yapısal bir problemi bulunmamaktadır.¹⁹² Çünkü İslam hukuk sistemi, ictihad müessesesi sayesinde ve her konu için mevcut olan genel kaidelerle hileye mahal vermemektedir. Ancak bazı müsteşrikler ve bazı hukukçular, hiyelin İslam hukuk sisteminin donukluğundan ve ihtiyaçları tam manasıyla karşılayamamasından kaynaklandığını iddia etmektedirler.¹⁹³

Dr. Jean Baz bu konuyla ilgili olarak, fıkıh kaidelerinin Müslümanların nazarında mükemmelliğe sahip olduğunu ve bu nedenle değişime kapalı olduğunu belirtmektedir. Kur'an ve Sünnetin İslam'ın yayılmasıyla ortaya çıkan yeni ihtiyaçlara cevap veremediğini ve bunların nihayetinde ise İslam Hukukçularının becerikli yorumlarla yani hilelerle Kur'an'ın açık yasaklarını tersine çevirmeye gayret gösterdiklerini iddia etmektedir.¹⁹⁴

H. Lammens de hiyelin ortaya çıkmasında İslam şeriatındaki uygulamaların zorlukları ve hükümlerde şeriatın baskısının payı olduğunu iddia etmektedir. Emile Tyan, İslam hukukunun donuk olduğunu ve İslam hukuk prensiplerinin sert olduğunu belirtmektedir.¹⁹⁵ Sadri Maksudi Arsal ise; İslam Hukuk sisteminin dünyevi hukuk

¹⁹² a.g.e., s. 181.

¹⁹³ Mehmet Erdoğan, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Vakfı Yayınları, 2016, s. 56.

¹⁹⁴ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 182.

¹⁹⁵ a.g.e., s. 183.

sistemlerinden farklı olarak serbest teknik ve tefsir imkânlarından mahrum olmasını gerekçe göstermekte, bu sebeple İslam âleminde hukukun bir ilim derecesinde yükselmediğini iddia etmektedir.¹⁹⁶

İctihad müessesinin, Hz. Peygamber'in vefatından sonra duraksamış olması endişesi, doğal karşılanabilecek bir tepkidir. Ancak iddia edildiği üzere statik ve güncel olmama, zorba ve baskıcı olduğundan gelişim gösterememe ve bunlara ilave olarak mezhep taassubuyla rey'in göz ardı edildiği ithamları gerçeği ifade etmemektedir.

Fıkıh imamlarının bütün niçinlere kendi açılarından cevap vererek esas ve değişmez unsuru oluşturdukları eleştirisine İmam Azam Ebu Hanife'nin “ *Nereden söylediğimiz (hükümümüzün delil ve kaynağını) tedkik edip bilmeden bizim rey'imize fetva vermek hiçbir kimse için helal değildir.*” sözü Ve “*Bu benim re'yimdir ve elde edebildiğim reylerin en iyisidir. Bundan daha iyisini bulan olursa kabul ederim*” sözü cevap niteliği taşımaktadır.¹⁹⁷ Ahmed bin Hanbel ise; “*Ne beni, ne Malik'i, ne Sevri'yi, ne de Evzai'yi taklit et. Hüküm ve bilgiyi onların aldığı kaynaktan al.*” demek suretiyle dinin asıl kaynağına yönlendirme yapmaktadır.¹⁹⁸ Hile-i Şer'iyyeyi ortaya çıkaran diğer bir nedenin, İslami sistemin özündeki gelişme kabiliyetinin göz ardı edilmesinden kaynaklandığı iddia edilmektedir. Nasslar, Rasulullah'ın döneminden bu zamana tam manasıyla hedefine ulaşabilmektedir. Ancak nasslar ın asli kaynak, diğer içtihatlardan faydalanma yolunun tali kaynak olması gerekirken bu durumun tersine dönmesi¹⁹⁹ oldukça etkili, bir neden olmaktadır.

Mezhep taassubu, dinin asıl kaynaklarının önüne geçtiğinden, ihtiyaçları karşılama noktasında iyi işletilen icthad müessesesi ve İslam hukuk kaideleri geri plana itilmekte ve İslam hukuk sisteminin güncelliğini koruyamaması iddiası da hileli muamelelerin önünü açmaktadır. Kerhi'nin “*Mezhebimizin hükümlerine uymayan her ayet ya te'vil edilmiştir yahut mensuttur. Hadisler de böyledir ya te'vil edilmiş zahiri manasıyla alınmamış yahut da mensuttur.*” ifadesi mezhebe bağlılığın ve hileli muamelelerin sebeplerini özetler niteliktedir.

¹⁹⁶ Sadri Maksudi Arsal, “Hukuk İlmi ve Sosyoloji I; Hukuk Kavaidi ve Hukuk İlmi”, *AÜHFİD*, c. 1-2 (1964), s. 21.

¹⁹⁷ Karaman, *İslam Hukukunda İctihad*, s. 158.

¹⁹⁸ a.g.e., s. 161.

¹⁹⁹ İbrahim Kafi Dönmez, “İslam Hukukunda Müctehid ile Modern Hukuklarda Hakim Durumu”, *MÜİFD*, sy. 4 (1986), s. 46.

Hile-i şer'iyeye sebep olabilecek bir başka unsur ise; İslam hukuk sisteminde gerçekleşen hukuki muamelelerde yalnızca görülene itibar edilmesi iddiasıdır. Joseph Schacht'ın iddiasına göre İslam hukuk doktrinin de hiyelin itibar görmesini kolaylaştıran iki unsur bulunmaktadır. Bunlardan ilki, şeriatın ruhundan ziyade şekline uymayı gerektiren akıl dışı yönü, ikinci unsur ise; kâdının, vicdani mevzularda gizli maksatlara göre değil, sadece olayların formu ile ilgilenmesidir. Ancak bu iddialar, İslam Hukukunun temelinde bulunmayan asılsız iddialardır.²⁰⁰

Hukuki muamelelerde yalnızca zahire itibar edilmesi iddiası mezhep imamlarının görüşleri incelendiğinde daha da açıklığa kavuşacaktır. İmam Şafii'nin “*Kabul ettiğim esas dış görünüşü itibariyle (şeklen) hukuka uygun olan bir akdi töhmet (mesela bey'ul-ineyi faize vesiledir diye) veya alış- veriş yapanların arasında ki mevcut bir adet sebebiyle iptal etmem. Dış görünüşünün (zahir) hukuka uygun olması dolayısıyla geçerli kabul ederim. Niyyetleri ortaya çıktığında bey'in fesadına sebep olacaksa niyetlerini kerih görürüm.*”²⁰¹ ifadesi dünyada hükümlerin, muamelenin şekli olarak uygun olup olmamasına göre değerlendirildiğini göstermektedir. Buna göre İmam Şafii, ölümcül hasta olan bir adamın, karısını mirastan mahrum bırakmak adına yaptığı boşama muamelesini geçerli saymaktadır.²⁰²

Hanefi mezhebinde ise; ağırlıklı olarak zahire itibar edilse de bazı durumlarda maksat da göz önünde bulundurularak orta bir yol tutturulmuştur. Hanefiler, kocası tarafından üç talakla boşanmış olan kadının tekrar kocasına helal olabilmek için yaptığı hülleyi şekil şartlarına uygun olduğu için kabul etmektedirler. Ancak ölümcül hastalığa yakalanan adamın, karısını mirastan mahrum bırakmak adına yaptığı boşamayı maksada itibar ederek geçersiz saymaktadırlar. Böylelikle iddet süresi içerisinde ölen kocanın mirasından karısının pay alabileceğini ifade etmektedirler.²⁰³

Muamelelerde yalnızca zahire itibar etmenin hileye zemin hazırlıyor olması Hanbeli ve Maliki âlimlerini akitlerin tefsirinde ve hukuki muamelelerde sedd-i zerai prensibini geliştirmek suretiyle sübjektif bir görüşe yönlendirmektedir. Bu sebeple onlar, hukuki muamelelerde dışı vuran söz ve davranışların yanında hukuki işlemlerin

²⁰⁰ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 190.

²⁰¹ a.g.e., s. 188.

²⁰² Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 189.

²⁰³ a.g.e., s. 190.

sonuçlarını da göz önüne almaktadırlar.²⁰⁴ Hülle, bey’ul-ine, gibi muameleler de göstermektedir ki hukuki muamelelerde yalnızca zahiri şartları ortaya koyarak bir karara varmak, maksat ve işaretleri araştırmadan niyetleri ahirete havale etmek, hileli muamelelerin oluşması için bir alan oluşturmaktadır.

Hileli muamelelere sebep olan diğer bir unsur ise; kişisel menfaatlerle çatışan hukuk kurallarıdır. Bireylerin birbirleriyle ve devletle olan ilişkilerini düzenleyen kurallar olarak tanımlanan hukuk kuralları, yalnızca hukuki bir sorumluluk değil aynı zamanda sosyal bir sorumluluktur.²⁰⁵ Ayrıca hukuk kurallarının özünde, bazı kişisel menfaatlerin engellenmesi de söz konusudur. Bu durumda her yeni hukuk kuralıyla birlikte, kuralın getirdiği kısıtlamalardan kaçınmak için çıkış yolları da aranmıştır.²⁰⁶

Kanunların psikolojik olarak set olması, şahsi menfaatleri kanuna baskın gelen kimseler için hileye zemin hazırlayan unsurlardan olmaktadır.²⁰⁷ İslam hukukunda kanunların kaynağının vahye ve sünnete dayanması caydırıcı cezalarla muhatap olmak istemeyen bireyleri, elde etmek istedikleri menfaatleri kanunla ilgili amir hükümlerin şekli yapısına uygun hale getirmek suretiyle varmak istedikleri sonuca ulaşmaya yönlendirmiştir.²⁰⁸ Bey’ul-îne ve hülle ile ilgili başvuru hileleri, kanun koyucunun iradesini doğrudan doğruya ihlal etmekten çekinmenin tipik bir örneği olmaktadır.²⁰⁹

3.2. HİLE-İ ŞER’İYYEYİ ORTAYA ÇIKARAN SOSYAL NEDENLER

Hile-i şer’iyyeyi ortaya çıkaran sosyal nedenlerin başında, insanlar arası ilişkilerin zayıflaması, telafisi olmayan sözlerin sarf edilmesi ve toplumsal zaruretler gelmektedir. Topluluk halinde yaşamak zorunda olan insanların, barış ve düzen içinde hayat sürebilmeleri ikili ve çoklu ilişkilerde hakkaniyet ölçüsüne tabii olmalarıyla, doğrudan ilişkilidir. Aksi takdirde ihlal edilen haklar, sosyal manada olumsuz birçok şeye sebebiyet verecek, toplumsal adaletin ve güven duygusunun zayıflaması bireyleri hileli yöntemlere itecektir.²¹⁰

²⁰⁴ Hayreddin Karaman, “Ahmed b. Hanbel”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM, t.y., c. 2, s. 82.

²⁰⁵ Bilge, *Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*, s. 13.

²⁰⁶ Topçuoğlu, *Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları)*, s. 14.

²⁰⁷ a.g.e., s. 4.

²⁰⁸ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 215.

²⁰⁹ a.g.e., s. 216.

²¹⁰ Mustafa Baktır, *İslam Hukukunda Zaruret Hali*, Ankara: Akçağ Yayınevi, 1981, s. 159.

Yaşanılan bölge ve zamanın şartları, geri dönüşü mümkün olmayan muamelelerde bulunmaya sebep olabilir. Sarf edilen sözler kişiyi bazı mükellefiyetler altına sokabilir. Öfkeliyken üç talak hakkını kullanan adamın durumu buna örnek teşkil etmektedir. *Bir gece Ebu Hanife'ye bir adam gelerek şöyle dedi: Amcamın kızı olan karımla aramızda bazı şeyler geçti. Bana kızdı ve benimle konuşmuyordu. Ne yaptıysam onu konuşturamadım. Ben de " bu gece benimle konuşmazsan boş ol" diye yemin ettim. Konuşturmak için onu dövdüm, sürükledim, ne yaptıysam konuşmayı reddetti. Bunun üzerine kapıyı kapatıp sana geldim. Fecrin doğmasından ve benimle konuşmamasından endişe ediyorum dedi. Ebu Hanife bu olayı dinledikten sonra "senin için karını konuşturmaktan başka bir çare bilmiyorum, eğer konuşursa hanımın senindir aksi halde boşanmış demektir. Git ve onun hoşun gitmeyecek bir şeyler söyle ve onu konuştur."* Adam evine döndü ve karısına sen "Nebti soyundansın "diyince kadın: "Vallahi sen yalancısın dedi" ve böylece konuşmuş oldu.²¹¹ Kocanın, hanımına istediği bir şeyi yaptırmak için inatlaşması yahut kişilerin öfkeli haldeyken sarf ettiği ve kendilerini köle azadı yemin, talak, unutmama ve ikrah gibi hallerde de sorumlu tutan filleri, onları bu durumdan kurtulmak için çıkış yolu aramaya itmiştir.²¹²

Hileye başvurmanın bir diğer sosyal nedeni ise; toplumsal zaruretlerdir. Zaruret; *"bir kimsenin hukuken yasaklanmış olan şeyi yapmadığı takdirde helâkini gerektiren hal"*²¹³ şeklinde tanımlanmaktadır. Joseph Schacht, hiyelin zaruret neticesinde meydana geldiğini ileri sürmekte ve hiyelin, uygun olmayan durumlarda, fıkhi hükümleri çiğnemek zorunda kalmamak, şeriatın yasak koyduğu hükümlerine çıkar yol bulmak ve arzu edilmeyen hukuki neticelere mani olmak için kullanıldığını iddia etmektedir.²¹⁴ Hiyelin hukuki zaruretler neticesinde doğduğunu kabul etmek, İslam hukukunun kendi kaidelerini ihlal için bir zemin hazırlaması manasına geldiğinden, İslam hukukunun varlık gayesiyle örtüşmemektedir.

Allah-u Teâlâ'nın kişiye herhangi bir çaresizliğe düşmesi yahut mecbur kalması durumunda haram olan şeyi yapmaya ruhsat vermesi²¹⁵ hukuki manada hilenin önüne set olmaktadır. Bu nedenle hiyelin doğuşunda hukuki zaruretlerin etkisini kabul etmek

²¹¹ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 225.

²¹² a.yer.

²¹³ Baktır, *İslam Hukukunda Zaruret Hali*, ss. 14-15.

²¹⁴ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 221.

²¹⁵ Nahl 16/15

doğru bir tespit olmayacaktır. Ancak sosyal zaruretler hileli muamelelere neden olmaktadır. Abbasiler ve Emeviler döneminde bazı halifelerin, kendi menfaatleriyle çatışan içtihatlarla müdahale etmesi, Muaviye'nin halktan yeminle biat alması²¹⁶, Haccac'ın Abdülmelik b. Mervan adına biat almak için halkı talak, köle azadı, malının sadaka sayılması yeminleriyle biat etmeye zorlaması gibi adaletsiz muameleler, insanları bu durumlardan kurtulmak için hileli yollar aramaya yönlendirmektedir.²¹⁷ Örnekler incelendiğinde ve İslam hukukunun yapısı göz önüne alındığında meydana gelen hilelerin fikhın özünden kaynaklı bir pürüzden meydana gelmediği anlaşılmaktadır. Daha ziyade dış etkenler hiyele sebebiyet vermektedir. Nitekim hiyele sebep olan şeylerin fikhın kendi yapısından kaynaklandığını savunmak hukuk kurallarının ihlaline cevaz vermek olacaktır ki bu da hukuk fikri ile tenakuz oluşturmaktadır.

4. MEZHEP İMAMLARININ HİLE-İ ŞER'İYYE HAKKINDAKİ GÖRÜŞLERİ

Yaşanan coğrafya, karşılaşılan topluluklar, kültürel çeşitlilik ve ihtiyaçlar içtihad edilen konuların neticelerinde oldukça etkili olmaktadır. Bu durum, Hanefi, Şafii, Hanbeli ve Maliki mezhep imamlarının ve bu mezheplere tabii diğer âlimlerin hile-i şer'iyeye hakkındaki görüşlerinin birbirinden farklı olmasına sebep olmaktadır. İlk olarak İmam Azam Ebu Hanife, öğrencileri Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'in görüşlerine daha sonra İmam Şafii, İmam Malik ve Ahmed b. Hanbel'in hile hakkındaki görüşlerine yer verilecektir.

4.1. HANEFİ MEZHEBİ

Hanefi mezhebinin hile-i şer'iyeye hakkındaki görüşlerini ifade ederken ilk olarak mezhebin kurucu imamı, İmam Azam Ebu Hanife'nin görüşlerine daha sonra İmameyn'in görüşlerine yer verilecektir.

4.1.1. Ebu Hanife

İmam Azam Ebu Hanife, olaylara yaklaşım tarzıyla, hakkında en fazla konuşulan ve bu sebeple zaman zaman da tenkide maruz kalan bir kimsedir. Hakkında karşılaşılan her güçlük için bir çıkış yolu bulduğuna dair söylenen sözler kendisinin

²¹⁶ Ali Delice, "Asr-ı Saadet, Hulefa-i Raşidin ve Emeviler Döneminde Fikir Hürriyeti Konusunda Bazı Mülahazalar", *EKEV Akademi Dergisi*, c. 2, sy. 2 (2000), ss. 69-71.

²¹⁷ Ali Aksu, "Emeviler Döneminde Sosyal Tabakalar", *İstem*, sy. 8 (2006), ss. 68-69.

pratik çözüm yolları bulmakla meşhur olduğunun bir işareti olmaktadır.²¹⁸ Ancak Ebu Hanife'nin hiyel ile alakalı yaklaşımı farklı kişiler tarafından eleştirilmiş, kendisi bu konu hakkında muhtelif ithamlarla karşı karşıya kalmıştır. Hammad bin Seleme'nin anlattığına göre cahiliye döneminde bir adam bastonuyla hacıların eşyalarını çalıyordu, kendisine bunların sen çaldın denildiği vakit hayır ben çalmadım bastonum çaldı şeklinde yanıt veriyordu. Bu misali, verdikten sonra Hammad: “Eğer bu adam bu gün yaşamış olsaydı Ebu Hanife'nin ashabından olurdu.”²¹⁹ diyerek Ebu Hanife'nin gayrimeşru muamelelere cevaz verdiğini iddia etmektedir.

Şafii mezhebi fukahası olan Zerkeşi ise “Mübaha ulaşmak için haram yollara başvurmak caiz değildir. Hanefiler mübah'a ulaşmak için mahzurlu hilelere başvurmayı caiz görmüşlerdir.”²²⁰ ifadesiyle benzer bir ithamda bulunmaktadır. Yine İbn'ül Cevzi Muhammed bin Mesleme'ye İmam Azam'ın görüşlerinin Medine'de benimsenmeme sebebini sorduğunda “Resulullah'ın Medine'nin her bir köşesinde Deccalın bu şehre girmesini önleyen bir melek vardır.”²²¹ hadisini zikrederek İmam Azam'ı Deccal'e benzetmekte ve onun görüşlerine itibar edilmediğini ifade etmektedir. Salih bin Ahmed'in babasının İmam Azam ve ashabı hakkında “Hanefilerin yeminlerle ilgili hileler konusunda söyledikleri şeylere şaşıyoruz. Yeminleri hilelerle iptal ediyorlar. Hâlbuki Allah, sapasağlam ettiğiniz yeminleri bozmayınız buyurmaktadır”²²² ifadesiyle Ebu Hanife'nin yeminlerin iptali hakkında cevaz verdiğini iddia etmektedir İmam Azam Ebu Hanife'nin yeminlerin iptali hakkında maruz kaldığı itham istisna ile ilgilidir.²²³ İstisna akdi ise; Emevi ve Abbasi halifelerinin halktan zorla biat almalarına karşı Hz. Peygamber'in hadisinden ²²⁴delil getirilen bir fetvadır.

Ebu Hanife'nin zekâsının kıvraklığı ve keskin anlayışına örneklik teşkil eden bazı çözüm yolları, görüşlerinin hile gibi değerlendirilmesine sebep olmakta hakkında iddiada bulunanların farklı mezhepten olması da bu ihtimali kuvvetlendirmektedir.

²¹⁸ Mustafa Uzunpostalcı, “Ebu Hanife”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM), t.y., c. 10, s. 140.

²¹⁹ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 230.

²²⁰ a.g.e., s. 231.

²²¹ İbn Kayyim el-Cevziyye, *I'lamü'l muvakkı'in an Rabbi'l-alemin*, Beyrut, t.y., c. 1-4, s. 35.

²²² Mustafa Baktır, “Buhâri'nin Sahihindeki 'Kitâbü'l-Hiyel'i Hakkında Bazı Mülâhazalar”, *EAÜİFD*, sy. 10 (1991), s. 60; Mustafa Baktır, “İslâm Hukukunda Hile-i Şer'iyye”, *İslâmî Araştırmalar (Dergi)*, c. I, sy. 2 (1986), s. 73.

²²³ Aksu, “Emeviler Döneminde Sosyal Tabakalar”, s. 72.

²²⁴ Buhari “Keffarât”,9; Ebu Davud “Eyman”,9.

Ayrıca İbn Teymiyye, Cehmiyye ve Kaderiyye gibi itikadların fu'ru da Hanefi mezhebine tabii olduklarını ve hileyi yaydıklarını zikretmektedir.²²⁵

Ebu Hanife'nin cevaz verdiği hilelerin, genel bir fıkıh kaidesi gibi değerlendirilmesi de probleme neden olmaktadır. Ancak Ebu Hanife'nin hile öğreten müftülerin tasarruflarından men edilmesi gerektiği görüşü, hile hakkındaki düşüncelerini net şekilde ortaya koymaktadır. Ebu Hanife'ye nispet edilen görüşlerin çoğu yemin ve talak konuları ile alakalıdır ancak bu hükümler herhangi bir hakkın iptaline yönelik olmayıp, hukuki çareler kapsamındadır.²²⁶

Ebu Hanife hilenin temelini oluşturan muamelenin sadece dış görünüş ve şekline itibar etme konusunda da oldukça hassas davranmakta ölüm hastalığında olan adamın karısını bain talakla boşaması halinde dahi kadını kocasına mirasçı kabul etmektedir. Yapılan işin maksadının da göz önünde tutulması gerektiğini vurgulamaktadır.²²⁷

Zekâtı düşürme, şüf'a hakkını iptal etme, bey'u'l-ine gibi meselelerde Ebu Hanife'den nakledilen olumlu bir görüş bulunmamaktadır. Zekâtın düşürülmesi, hülle nikâhı ve bunlara bey'ul-ine hakkında hocası İbrahim en-Nehai'nin görüşlerinden etkilenmekte ve cevaz vermemektedir.²²⁸

Ebu Hanife'nin cevaz verdiği iddia edilen hileler ıstılahi manada hile değil, hukuki birer çözüm yoludur. Bu sebeple mecazi manada hile olarak değerlendirilmesi isabetli olacaktır.²²⁹

4.1.2. Ebu Yusuf

Ebu Yusuf'un hakkında, hileye cevaz verdiği ve farklı konularda hileye başvurduğuna dair çeşitli rivayetler bulunmaktadır. Gazali bu konuyla ilgili olarak *"Kadı Ebu Yusuf zekât borcunu düşürmek için sene tamamlanacağı sırada malını karısına hibe eder, sonra da hanımı kendisine bağışlar ve bu suretle mal bir sene elde kalmazdı"* şeklindeki ithamıyla Ebu Yusuf'un zekâtı düşürmek için başvurduğu hileyi

²²⁵ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 235.

²²⁶ a.yer.

²²⁷ Uzunpostalcı, "Ebu Hanife", s. 141.

²²⁸ Baktır, "Buhâri'nin Sahihindeki 'Kitâbü'l-Hiyel'i Hakkında Bazı Mülâhazalar", s. 63.

²²⁹ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 236.

ifade etmektedir.²³⁰ Ancak Ebu Yusuf, hangi gerekçe ile olursa olsun zekâtın düşürülmesini makasıda uygun bulmamakta ve bu duruma cevaz vermemektedir. Ebu Yusuf'a nispet edilen bir başka hile ise şüf'a hakkını iptal etmek için hileye başvurmanın tecviz edilmesi konusudur.²³¹ Ebu Yusuf, sabit olan şüf'a hakkı için hileye başvurulmasına müsaade etmemekte ve mekruh saymaktadır. Onun müsaade ettiği, şüf'a hakkı sabit olmadan önce bu hakka sebebiyet veren etmenleri ortadan kaldırmaktır. Böylelikle fasık ve hakkı suiistimal eden kimseden kurtulmanın yolunu açılmış olmaktadır.²³²

4.1.3. İmam Muhammed

İslam hukuk doktrininde hiyelin kabulü ve reddi konusunda tartışmalar oldukça fazladır. Ancak İmam Muhammed'in; *"hakkı iptale götüren hilelerle Allah'ın hükümlerinden kaçmak, müminlerin ahlakından değildir."*²³³ sözü ve bey'ul ine hakkında söylemiş olduğu *"bu satış benim kalbimde dağlar ağırlığında bir yük gibi durmaktadır. Bunu faiz yiyenler ortaya çıkarmışlardır."*²³⁴ ifadesi hiyel hakkındaki görüşünü ortaya koymaktadır.

Ayrıca zekâtın düşürülmesi, bey'ul ine ve şüf'a hakkının iptali için hileyi caiz görmeyen İmam Muhammed, *"Bir Müslümanın haramdan kurtulmak için veya helale ulaşmak için başvurduğu hilelerde bir sakınca yoktur. Kendisiyle hakkın iptal edildiği veya haksızlığın haklı çıkarıldığı ya da bir hakka şüphe sokan hileler tahrimen mekruhtur"*²³⁵ sözleri de bu durum hakkındaki mevcut fikri izah etmektedir.

4.2. ŞAFİİ MEZHEBİ

İmam Şafii'nin hile-i şer'iyye hakkındaki genel görüşü; şeklen hukuka uygun olan muamelelerle meşru olmayan sonuçlara ulaşılmak istense dahi, kişinin maksatlarını ve niyetlerini yalnızca Allah'ın değerlendireceği, insanların ise hukuki muamelelerde zahire göre hükmetmekle mükellef olduğu yönündedir²³⁶. İmam Şafii, hileli

²³⁰ Ebu Hamid Muhammed Gazzâli, *İhya'ü ulûmid'd-dîn*, çev. Mehmed A. Müftüoğlu, İstanbul: Çelik Yayınevi, 1983, c. 1-8, s. 18.

²³¹ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 239.

²³² İbrahim Kafi Dönmez, "Şüf'a", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM), t.y., c. 39, s. 250.

²³³ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 241.

²³⁴ a.yer.

²³⁵ a.yer.

²³⁶ a.g.e., s. 242.

muameleleri hukuken geçerli kabul ederken dinen bu hususa cevaz vermemektedir. Şafii âlimlerinden Kastallani ise hiyel konusunda; “*Kim bey akdiyle ribaya niyet ederse ribaya düşmüştür. Muamelenin şeklen bey olması onu günahattan kurtarmaz. Kim üç talakla boşanmış kadını eski kocasına helal kılmak maksadıyla nikâh akdi yaparsa bu “muhallil”dir ve Hz. Peygamber’in hadisinde²³⁷ lanetlediği kişilere dâhil olmuştur. Muamelenin şekil itibariyle nikâh akdi olması onu günahattan ve lanetlenmiş olmaktan kurtarmaz. Allah’ın helal kıldığı bir şeyi haram ve haram kıldığını helal kılma maksadıyla yapılan her türlü muamele günahattır.*”²³⁸ demek suretiyle muamelelerin hangi niyetle yapıldığı hususunun, mühim olduğuna dikkat çekmektedir. Hileyi uygularken maksat haksızlığa uğrayan kişinin hakkını temin etmekse bu hile müsaade edilmekte fakat bir hakkın iptaline sebep olacaksa izin verilmemektedir.

İbn Hacer el- Askalani de hiyeli hüküm bakımından sınıflandırmaktadır ve “*Mübah bir yolla bir hakkı iptale veya batılı ispata götüren hileler haram, hakkın ispatına veya batılın defedilmesine götüren hileler vacip veya müstehap, mübah bir yolla mekruha düşmekten kurtaran hileler müstehap veya mübah, mendubun terkinde götüren hileler ise mekruhtur.*”²³⁹ şeklinde ifade etmektedir. Şafii âlimler arasında, hukuki muameleler lafzi açıdan ve mana bakımından değerlendirenler şeklinde ikiye ayrılmakta ancak ısıtlahi manadaki hile-i şer’iyyeye cevaz verilmemektedir.²⁴⁰

4.3. HANBELİ MEZHEBİ

Hanbeli mezhebinin hiyel hakkındaki görüşleri incelendiğinde en sert ve en açık tepkinin bu mezhebe ait olduğu görülmektedir. Akitlerin kuruluşunda göz önüne aldıkları sübjektif teori ve sedd-i zeraî prensibi hem hiyelin caiz görülmemesi hem de hukuki açıdan geçerli sayılmaması sonucunu doğurmaktadır.²⁴¹ Ahmet bin Hanbel’in hileye karşı olması sebebiyle Hanbeliler de hileyi haram kabul etmişlerdir.²⁴² Hiyel konusunda Hanbeli âlimlerden İbn Teymiyye ve İbn Kayyım el- Cevziyye’nin görüşleri oldukça önem arz etmektedir. “*Bu şeriat kendisinde maslahat, övülmüş bir gaye, hikmetler bulunan şeyleri meşru kılmıştır. Eğer özünde mefsedet ve çirkinlik varsa onu*

²³⁷ Köse, a.e. s.300.

²³⁸ Kastallani, İrşadüs’s-sari, X,102-103.

²³⁹ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 243.

²⁴⁰ a.yer.

²⁴¹ Karaman, “Ahmed b. Hanbel”, s. 81.

²⁴² a.yer.

da yasaklamıştır. Yani emrolunan şeyde maslahat vardır ve özü itibariyle de güzeldir. Allah'ın bir işi dilemesi güzel olan işe ayrı bir güzellik katmıştır. Yasaklanan şeylerin özünde ise bir çirkinlik ve bir mefsedet mevcuttur. Allah'ın yasaklaması ile de bu çirkinlik artmıştır.”²⁴³ sözleri, özü itibariyle meşru olmayan işlerin şeklen güzelleştirilmesiyle caiz olmayacağını delili olmaktadır.

İbn Teymiyye ve İbn Kayyim el-Cevziyye ise hiyeli çeşitli açılardan sınıflandırmaktadırlar. Mutlak manada harama ulaştıran gizli yollar ve bu şekilde uygulanan hileler, âlimlerin ittifakıyla haram kabul edilmektedir. İnsanların arasını bozmak, kul hakkına girmek ve hakkı batıl, batılı hak çıkarmaya çalışmak gibi şeytanın başvurduğu hileler bu kapsamda değerlendirilmektedir.²⁴⁴ Yine görünürde hukuka uygun olan ancak hileli muameleyi yapan kişi tarafından ikrar edilmedikçe bilinmeyen şüpheli durumlar da Hanbeli mezhebine göre uygun görülmemektedir. Kocasıyla arasında herhangi bir sorun olmamasına rağmen, nikâh akdini bozmak için velinin nikâh izninin inkâr edilmesi bu kapsamdadır.²⁴⁵

Bir hakkın elde edilebilmesi için, helal olmayan bir yönteme başvurmak örneğin; emin olunmayan bir konu hakkında şahitlik etmek, hileli bir muamele olarak kabul edilmektedir.²⁴⁶ Aynı zamanda Allah'ın mükellef kıldığı bir işten kurtulmaya çalışmak, haram kıldığı bir şeyi helal kılmaya çalışmak ve bunlardan haram yollarla kurtulmaya çalışmak, hileli bir muameledir. Bu konuya en iyi örnek olarak hülle nikâhı verilebilir.²⁴⁷

Yapılan nikâh akdinden kasıt, kadını ilk kocasına helal kılmak ise; bu nikah meşru olmadığı için neticesi de geçerli olmayacaktır.²⁴⁸ Haram kabul edilen hilelerin yanında mübah kabul edilen hileler de bulunmaktadır. İlk olarak vasitanın ve ulaşılan neticenin mübah olduğu hilelerdir. Bunlar Kitap ve sünnetin çizdiği sınırlara uygun ve maksatları ihlal etmeyen, maslahata vesile olan ve kötülüğü kaldıran hileler bu

²⁴³ İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lamü'l muvakkı'in an Rabbi'l-alemin*, c. 1-4, s. 174.

²⁴⁴ a.g.e., c. 1-4, ss. 328-34.

²⁴⁵ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 245.

²⁴⁶ İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lamü'l muvakkı'in an Rabbi'l-alemin*, c. 1-4, s. 334.

²⁴⁷ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 247.

²⁴⁸ İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lamü'l muvakkı'in an Rabbi'l-alemin*, c. 1-4, s. 241.

kapsamdadır.²⁴⁹ Uygun bir yolla hakka ulaşmak veya zulmü def etmek için başvuru hileler de mübah kabul edilmektedir. Tarizli sözler bu kapsamda değerlendirilmektedir.

4.4. MALİKİ MEZHEBİ

Maliki mezhebi de Hanbeli mezhebi gibi sübjektif nazariyeyi benimsemiş olup sedd-i zera'i prensibini esas almaktadır. Dolayısıyla şekil bakımından hukuka uygun görülen işlemlerin, meşru olmayan maksatlara ulaştırılması halinde o işlemin iptalini ve geçersiz sayılması gerektiğini savunmaktadırlar. Bu ise hilenin kabul edilmemesi manasına gelmektedir.²⁵⁰ Malikilere göre; meşru bir yolun meşru bir muamele için kullanılması, hile kapsamındadır. Ancak bu, caiz kabul edilen hileler kapsamındadır. İbnü'l Arabi, Yusuf suresinin “ *İşte biz Yusuf için böyle bir tedbir kullandık*”²⁵¹ ayetini tefsir ederken bu ayette şeriate uygun olan ve şeriatın esaslarını yıkmayan hilelerle maksada ulaşmaya, cevaz verilmiş olduğunu belirtmektedir.²⁵²

Şatıbi, Maliki mezhebinin hile hakkındaki görüşlerini “*Şeriatı kötü görülen, batıl olduğu söylenen ve yasaklanan hileler şer’i maksada ters düşen hilelerdir. Fakat şer’i esasları ortadan kaldırmayan, şeriatın dediğini göz ardı etmeyen hilelerin varlığı varsayılırsa o yasaklanan hileler kapsamında değerlendirilmeyecek ve batıl da sayılmayacaktır.*” demek suretiyle özetlemektedir. Ayrıca Şatıbi, hiyeli üç sınıfa ayırmaktadır. İlk olarak münafıkların başvurdukları ve batıl olduğu konusunda ittifak edilen hileler, ikinci olarak; Allah’ın ruhsat tanıdığı konularda başvuru hileler, ikrah halinde küfür kelimesi söylemek bu kapsamdadır. Son olarak ise; caiz veya batıl olduğu konusunda net bir kararın mevcut olmadığı hileler Maliki mezhebine göre hakkında ihtilaf edilen hileler bu kapsamdadır.²⁵³

Mezheplerin hile hakkındaki genel kanaatini, İslam hukukunun maksat ve hedefleri konusu belirlemektedir. İslam hukukunun maksatlarına aykırı olmayan hileler caiz kabul edilirken, meşru yolların arkasına saklanarak maksada aykırılık içeren hileler, caiz kabul edilmemektedir.

²⁴⁹ a.g.e., c. 1-4, s. 336.

²⁵⁰ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 249.

²⁵¹ Yusuf 12/76

²⁵² Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 249.

²⁵³ Şatıbi, *Muvafakat*, ss. 387-88.

5.HİLE-İ ŞER'İYYEYİ CAİZ KABUL EDENLERİN DELİLLERİ

İslam hukukçularının bir kısmı, hile-i şer'iyenin meşru olduğunu savunmaktadır. Zira hileye, meşru vasıtalarla yine meşru neticeler elde etmek için başvurulmaktadır. Bir başka deyişle hile, hukuken meşru kabul edilen bir amacı gerçekleştirmeyi hedeflemekte ve bunun için meşru kabul edilen yöntemler izlenerek hukuk normlarının dışına çıkılmamaktadır. Bu düşünce ile hileyi meşru kabul edenler İslam Hukuk kaynaklarından başta Kur'an-ı Kerim olmak üzere birçok delil göstererek düşünce ve kanaatlerini savunmaktadırlar.

5.1. KİTAPTAN DELİLLER

Hile-i şer'iyenin meşru olduğu ile alakalı olarak Kitaptan birçok delil sunulmaktadır. Bununla alakalı olarak ilk örnek, Hz. Eyüb'e öğretilen hiledir. Kur'an-ı Kerim'de *“Ey Eyyub! Eline bir demet sap al da onunla vur. Yeminini böyle yerine getir.”*²⁵⁴ şeklinde ifade edilmektedir. Eyyub (as) hastalığı esnasında karısına 100 değnek vuracağına dair yemin etmiştir. Fakat karısının bedenlen güçsüzlüğü, buna dayanamayacak olması sebebiyle Allah-u Teâla kendisine bir çıkış yolu göstermekte ve yapılması meşru olan bir şeye hile yolu ile ulaşmak ve güçlüğü ortadan kaldırmak meşru kabul edilmektedir.²⁵⁵

Bu hususa benzer diğer bir örnek ise; Abdullah b. Abbas'tan rivayet edilen bir hadiseden bize ulaşmaktadır. Hz. İbrahim'in hanımları Hacer ve Sare'nin arasında çıkan bir sorun neticesinde ayrılık söz konusu olmakta Sare, öfke ile Hacer'i bulduğunda bir azasını keseceğine dair yemin etmektedir. Sare'nin *“yeminden kurtulmak için çıkış yolu nedir?”* diye sorması üzerine Allahu Teâla, Cebrail (as) 'ı hanımlarının arasını düzeltmesi için Hz. İbrahim'e göndermiş Sare'nin, Hacer'in iki kulağını delmesini vahyetmiştir. Böylelikle şekil olarak bir aza kesilmekte Sare de yeminini bozmamış olmaktadır.²⁵⁶

Kur'an'dan getirilen bir başka delil ise; Yusuf'un kardeşi Bünyamin'i yanında alıkoyabilmesi için Allah'ın kendisine yol göstermesi hakkındadır. Ayette *“Onlar Yusuf'un huzuruna vardıklarında Yusuf öz kardeşini yanına aldı.”* *“Yusuf, onların yüklerini hazırlatırken su kabını kardeşinin yüküne koydurdu. Sonra da bir çağırıcı şöyle seslendi: “Ey kervancılar! Siz hırsızsiniz.”* Yakub'un oğulları onlara dönerek

²⁵⁴ Sad 38/44.

²⁵⁵ Serahsi, *el-Mebcut*, s. 1209.

²⁵⁶ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 272.

“Ne arıyorsunuz?” dediler. “Hükümdarın su kabını arıyoruz onu bulup getirene bir deve yükü bahşış verilecek. “Ben de buna kefilim” dedi. Yakub’un oğulları “Allah namına and içeriz ki bizim yeryüzünde fesat çıkarmak için gelmediğimizi siz de biliyorsunuz. Biz hırsız da değiliz” dediler. Onlara dediler ki : “Peki yalan söylüyorsanız bunun cezası nedir?” Yakub’un oğulları cevap verdiler: “Bunun cezası” şudur: çalınan şey kimin yükünde bulunursa o kimse, malı çalınan zata köle olur, biz kötü işler işleyenleri böyle cezalandırırız. Yusuf’un adamları da öz kardeşinin yükünden önce onların yüklerini aramaya başladı. Sonra su kabını kardeşinin yükünden çıkardı. İşte biz Yusuf’a böyle bir çare öğrettik. Yoksa kralın kanunlarına göre –Allah’ın dilemesi hariç- kardeşini alıkoyamazdı. Biz dilediğimiz kimsenin derecelerini yükseltiriz. Zira her ilim sahibinin üstünde daha iyi bir bilen vardır.²⁵⁷buyrulmaktadır. Bu örnek, hakkı iptal etmeyen hilelere cevaz verildiğinin delili olmaktadır. “Biz Yusuf’a böyle bir tedbir (çare, hile) öğrettik.”²⁵⁸ ayetiyle de yapılan eylemin kaynağının ilahi olarak desteklendiğine işaret edilmektedir.

Allah’ın kendisine karşı vazifesini yerini getiren müttaki kullarının sıkıntısını gidereceği ve bir darlık anında onu kurtaracak bir yol göstereceğini " Bekleme sürelerinin (üç âdet süresinin) sonuna yaklaştıkları zaman, onları ya güzelce evinizde alıkoyun, evliliği devam ettirin yahut güzellikle ayrılın ve bu boşanmaya sizden iki âdil kimseyi şahit tutun ve şahitliği de Allah için dürüst yapın! İşte sizden Allah'a ve ahirete iman edenlere verilen talimat, yapılan tavsiye budur. Kim Allah'a karşı gelmekten sakınırsa, Allah ona sıkıntıdan çıkış kapıları açar. Onu hiç ummadığı yerlerden rızıklandırır. Allah'a dayanıp güvenene Allah kâfidir. Allah buyruğunu elbette yerine getirir. Gerçekten Allah her şey için bir ölçü, her iş için bir vâde belirlemiştir."²⁵⁹ ayetiyle ifade edilmektedir.

Hilenin darlıktan bir tür kurtuluş yolu olarak değerlendiren İbn Hacer el-Askalani, şu ayeti de delil olarak kabul etmektedir. "Sizden bu hanımlarla evlenmeyi düşünenlerin bu müddet esnasında, onlara bu niyetlerini çitlatmalarında veya gönüllerinde tutmalarında bir beis yoktur. Allah sizin onları hatırlarınızdan geçireceğinizi pekiyi bilmektedir. Ancak meşrû sözler dışında, onlarla gizlice buluşma hususunda sözleşmeyin. Bekleme süresi sona ermeden nikâh akdine girişmeyin. Allah’ın içinizde

²⁵⁷ Yusuf 12/76-79.

²⁵⁸ Yusuf 12/76.

²⁵⁹ Talak 65/2-3.

saklı olan her şeye hakkıyla vakıf olduğunu bilerek O'nun emrine aykırı davranmaktan sakının. Hem de bilin ki Allah çok affedici, çok müsamahalıdır, cezayı çabuklaştırmaz.²⁶⁰ Görüleceği üzere ayette, kocası ölen kadına üzeri kapalı bir şekilde nikâh teklif etmenin mübah kılınması da hileye bir örnek olmaktadır.²⁶¹ Aynı zamanda bu durum, hilenin tanımıyla da örtüşmekte ve bu yolla ne teklifi yapan erkek ne de kadın zarar görmemektedir. Nitekim hile, gizli yolla maksada ulaşmak olduğundan amaç elde edilmiş olmaktadır.

Meşru kabul edilen hilelere. *“Ey İman edenler! Savaş için ilerlerken inkâr edenlerle toplu halde karşılaştığınızda onlara arkanızı dönmeyin Tekrar savaşmak için bir tarafa çekilip veya bir başka bölüğe katılıp mevzi tutma maksadı dışında o gün arkasını düşmana dönen kimse Allah'tan bir gazaba uğramış olur. Onun varacağı yer cehennemdir. Ne kötü bir dönüşür.”*²⁶² ayeti de delil olarak getirilmektedir Kâfirlere karşı galip gelebilmek için yenilmiş gibi görünmeye müsaade edilmesi ve kâfirlerden gelebilecek diğer zararlar için onlara dost gibi görünmeye izin verilmesi hilesiyle cevaz verilen bir savaş taktiği anlatılmakta düşmandan kaçmanın yasak olması fakat düşmanın daha güçlü olması halinde kaçmanın caiz, direnmenin müstehap olması ve tekrar savaşmak ve daha iyi mücadele edebilmek için başka bir topluluğa katılmanın bir çıkış yolu olduğu belirtilmektedir.²⁶³

İslam, insanın can güvenliğini korumaya önem vermekte ayette de şiddetli eziyetten kurtulmanın vesile olan bir hile bildirilmektedir. Herhangi bir kötülükten kaçmak için kişinin olduğundan farklı görünmesi, inandığından farklı bir tavır ortaya koyması dış görünüşte günah ve isyan gibi olsa da maksadı itibariyle Allah'a itaattir. Canı ve malı korumak için Allah tarafından öğretilen bu hilenin hem vasıtası hem de maksadı meşru kabul edilmektedir.

5.2. SÜNNETTEN DELİLLER

Allah'ın koyduğu normların maksat ve hedeflerine aykırı olmayan, hukuki çerçeve içerisinde kalan tasarrufları hiyel kapsamında kabul eden âlimler, görüşlerini sünnetten getirdikleri örneklerle de delillendirmekte ve desteklemektedirler

²⁶⁰ Bakara 2/235.

²⁶¹ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 274.

²⁶² Enfal 10/15.

²⁶³ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 275.

Bu delillerden ilki şu şekilde aktarılmaktadır. *Übeyy b. Kâ'b bir gün mescitte namaz kılıyordu. Bu esnada Hz. Peygamber mescide girdi ve onu çağırdı. Fakat o Resulullah'ın yanına namazını bitirince geldi. Bunun üzerine Hz. Peygamber : “ Ne Tevrat'ta ne İncil'de ne de Zebur'da bir benzeri olmayan, bana nazil olmuş bir sureyi sana haber vereyim mi?” diye sorunca Übeyy: “Evet, Ya Rasulallah” dedi. Sonra Hz. Peygamber mescitten çıkmadan kendisine haber vereceğini söyleyerek namaza durdu ve namazını bitirip mescitten çıkmak üzere kalktığında kendi kendine herhalde unuttu diyerek ayağının birisini dışarı atınca Übeyy “Ya Resullallah bana vaad ettiğin sure nedir?” diye hatırlatınca Hz. Peygamber: Namazda ne okuyorsun diye mukabelede bulundu. Übeyy: “Ümmü'l Kur'an” diye cevap verdi -. Bunun üzerine Allah'ın Resulu: “Evet o seb'ul-mesani” ve bana indirilen Kur'an'dır. Ne Tevrat'ta, ne İncil'de ne de Zebur'da onun bir benzeri vardır” buyurdu.²⁶⁴*

Hz. Peygamber'in vaadi diğer insanların yemini nispetinde kabul edilmektedir. Bu hadisede cereyan eden hatırlatma konusu da bu bilgiyi destekler mahiyettedir. Hz. Peygamber ayaklarının biri mescidin içinde diğeri mescidin dışında olmak suretiyle söylemek istediği bilgiyi zikretmekte böylelikle Hz. Peygamber vaadini yerine getirmiş ve bunu Allah'ın meşru kıldığı bir hile ile yapmış olmaktadır. İmam Muhammed'e atfedilen hiyel kitabı da bu hadisla başlamakta ve bu hadis hiyelin cevazı konusunda önemli bir delil olarak kabul edilmektedir.²⁶⁵

Bir başka hadiste ise; *Hz. Peygamber bir kişiyi Hayber'e zekât memuru olarak gönderdi. O kişi de dönüşte iyi bir cins hurma ile döndü. Bunun üzerine Hz. Peygamber: “Hayber'in bütün hurmaları böyle midir? diye sorunca o kişi: “ Hayır vallahi Ey Allah'ın Resülü! Biz onun bir ölçeğini iki ölçek hurma ile iki ölçeğini ise üç ölçek hurma karşılığında alıyoruz” cevabını verdi. Buna cevaben Hz. Peygamber: “Öyle yapma! Düşük kalitedeki hurmayı sat. Sonra ondan elde ettiğin para ile iyi cins hurma satın al.” buyurdu.²⁶⁶*

Bu hadiste Hz. Peygamber faizli bir muamelede bulunmamak için nasıl davranılması gerektiğini öğretmiştir. Bu şekilde davranan kişi haramdan dolayısıyla gûnahtan kurtulup, haram olmayan şeriatın kabul ettiği bir muamele ile çıkış yolu

²⁶⁴ Serahsi, *el-Mebsut*, s. 210.

²⁶⁵ a.yer.

²⁶⁶ Buhari “Büyû”,89; Müslim, “Müsakat”,95, 99-100; Nesai, “Büyû”, 21,41; Muvatta; “Büyû”, 20,21.

bulmuş olmaktadır. Bey’ul îne ve diğer faizli uygulamaları caiz kabul edenler bu hadisi delil olarak getirmektedirler.²⁶⁷

Gerçek olanı ortaya çıkarmak için başvuru hileye getirilen diğer bir delilde ise; Hz. Peygamber; *“Vaktiyle iki kadın çocuklarıyla beraber bulunurlarken bir kurt gelerek çocuklardan birisini götürmüştü. Birisi arkadaşına “Kurt senin çocuğunu götürdü” öteki de “Hayır senin çocuğunu götürdü” dediler. Bunun akabinde Hz. Davut’un huzuruna çıkarıldılar ve mahkeme sonunda Hz. Davut çocuğun büyük kadının oğlu olduğuna hükmeder. Bunun üzerine Davut’un oğlu Hz. Süleyman’a durumu anlatırlar. O da : “Bana bıçağı getirin de onun sizin aranızda eşit paylaşırayım “der. Bu hükmü duyan ve yaşları küçük olan kadın dayanamayarak: “Hayır! Allah sana rahmet etsin, çocuk onundur!” dedi ve o da çocuğun yaşça küçük kadına ait olduğuna hükmetti.”* diye buyurmaktadır.²⁶⁸ Hz. Süleyman hakikati ortaya çıkarmak için keskin bir zekâ örneği göstermekte bu hadise hakları ortaya çıkarmak için hileye başvurma caiz olduğuna delil olarak kabul edilmektedir. Hz. Peygamber’in kendisinin bulunduğu dönemden çok önceki yıllarda yaşanan bir hadiseyi aktarması ve hadise yaşanırken Allah-u Teâlâ’nın ikazına maruz kalmaması, bu tarz hilelerin şer’an övüldüğünün işareti olmakta ve dinin maksatlarını muhafaza edecek diğer hileler de böyle kabul edilmektedir.²⁶⁹

Makasıda uygun olan hileye verilen diğer bir örnekte ise; *“Amr b. Tağlib’in bildirdiğine göre Hz. Peygamber’e birçok mal ve birçok esir gönderilmişti. Kendisi onları taksim etti bir takım kimselere verdi bir takım kimselere ise pay vermedi. Atıyyesiz bıraktığı kimselerin bundan hoşnut olmadıkları haberini alınca hutbeye çıkarak şunları söyledi: “ Vallahi ben ihmal ettiğim kimseler atıyye verdiğim kimseden fazla sevip dururken yine birine atıyye verip sevdiğime hiç aldırmadığım olur. Lakin bir takım kimselere, kalplerinde sabırsızlık, hırs ve tamah gördüğüm için mal veriyorum. Bazı kimseleri de Allah’ın kalplerinde yarattığı gönül zenginliğine ve hayra havale ederek mahrum bırakıyorum.”*²⁷⁰ buyurmakta ve İslam’a yeni girmiş, kalbinin küfre kayma endişesi taşıdığı kimseleri, kâmil iman sahibi kimselerden ayrı tutmaktadır.

²⁶⁷ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 283.

²⁶⁸ a.g.e., s. 276.

²⁶⁹ Serahsi, *el-Mebcut*, s. 211.

²⁷⁰ Buhari” Cuma”,29, “Tevhid”,49; Müsned, V,69

Hz. Peygamber'in dini yüceltmek için başvurduğu hilenin diğer nedenleri ise; Müslüman olması umulan kâfirlerin İslam'a girmesini sağlamak, iman etmesi beklenmeyen kimselerin ise şerrinden emin olmak içindir. Bu muameleler, hakları iptal etmeyen, Allah'ın koyduğu hükümlere ters düşmeyen, iyilik ve takvada yarışmak, günah ve düşmanlıkta ise yapanlara engel olmak için başvurulan hilelerin de caiz olduğuna delalet etmektedir. Bu hususta ulema ittifak halindedir.²⁷¹

Bahsi geçen hadislerle ilave olarak önceki Peygamberlerin, Hz. Peygamber'in ve ashabının kullandığı tevriyeli sözler ve maarız da delil kabul edilmektedir. Tevriye; iki anlamlı bir kelimeyi gizli bir delille dayandırarak uzak manasında kullanmak olarak tanımlanmaktadır.²⁷² Bu sözlerin diğer bir özelliği ise konuşan kişinin bir şeyi kast etmesi dinleyen kişinin ise başka bir şey anlamasıdır. Maâriz ise, Arap dilinde kullanılan bir üsluptur. Söz veya fiilde tevriye manasına gelen bu sanat hiyelin cevazının delil olarak getirilmektedir.²⁷³ Fakat kabul edilen maâriz, mükellefin vacip veya müstehap ya da mübah bir şeye ulaşmasına vesile olmalıdır. Kanun koyucunun vazettiği bir vacibi düşüren veya haram kıldığını yapmaya götüren vasıtalar olmamalıdır. Maâriz genel itibariyle iki manada kullanılmaktadır. Hz. Peygamber ve selefın kullandığı maârizler genel itibariyle söylenen sözde akla gelen ikinci anlamın kastedilmesi şeklindedir. İkinci olarak ise konuşanın sözünü belki, umulur ki kelimeleriyle kayıt altına alması şeklinde olmalıdır. Bu istisna yerine geçmekte ve bununla söz azimet olmaktan çıkarak ruhsat manasını ifade etmektedir.²⁷⁴

Hiyelin cevazına delil olarak getirilen tevriye ve maâriz örneklerine bazı hadislerde de değinilmektedir. Hz. Peygamber Hz. İbrahim hakkında "*Hz. İbrahim yalnız üç defa yalan söylemiştir. Bunlardan ikisi Allah'ın zâtı ve rızası içindir. Puta tapanlara ben "Ben hastayım" demesi ve "Belki de putları şu büyüğü kırmıştır" demesi son olarak ise eşi için: "Din yönünden kardeşimdir" demesi* buyurmaktadır. Hz. İbrahim hanımı Sare'yi korumak için maarız kullanmaktadır. Peygamberin maksadı meşru, kullandığı yol da meşru olduğundan yapılan tevriye caiz kabul edilmektedir.²⁷⁵ Bu hususla alakalı bir başka örnek ise; *Hz. Peygamber ashabından birkaç kişiyleyken*

²⁷¹ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 290.

²⁷² İsmail Durmuş, "Tevriye", İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM), t.y., c. 41, ss. 45-47.

²⁷³ Şevkânî, *Katru'l-veli ala hadis'il-veli*, s. 91.

²⁷⁴ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 291.

²⁷⁵ a.yer.

bir grup müşrikle karşılaştı. Müşrikler onlara kimlerden olduğunu sorunca Hz. Peygamber : “Biz sudanız” dedi. Bunun üzerine kalabalık grup birbirlerine bakarak “Yemen’in kabileleri çoktur, belki de onlardandır” dediler ve çekip gittiler.²⁷⁶ hadisi delil getirilmektedir. Hz. Peygamber müşrik kimseden emin olmak için böyle bir yola başvurmuştur.

Başka bir hadiste; Hz. Peygamber Medine’ye gelmiş, Hz. Ebu Bekir’in peşinden gidiyordu. O esnada bir adamla karşılaştılar ve adam Hz. Peygamber’i kast ederek yanındakinin kim olduğunu sordu. Bunun üzerine Hz. Ebu Bekir: “ Bu adam bana yolu gösteriyor” dedi. Adam gittikleri yolu sandı fakat Hz. Ebu Bekir ise Allah’ın yolunu kast ediyordu.²⁷⁷ şeklinde rivayet edilmektedir. Bu örnekte de yine düşmandan emin olmak için hile yapılmaktadır.

Hz. Peygamber düşmandan korunmak maksadıyla tevriye ve maarız sanatına başvurulmasına müsaade etmektedir. Süveyd b. Hanzaladan rivayet edilen bir hadiste “Biz Peygamber’i ziyaret için yola çıktık. Yanımızda Vali b. Hucr da vardı Yolda bir düşman Vali’yi yakaladı. Arkadaşlar onu kurtarmak için yemin etmeye karşı çıkınca ben “ O benim kardeşimdir” diye yemin ettim. Bunun üzerine düşmanlar Vali’yi serbest bıraktılar. Daha sonrasında durumu Hz. Peygamber’e anlattık. Hz. Peygamber ise şöyle buyurdu: “ Doğru söylemişsin. Müslüman Müslüman’ın kardeşidir.”²⁷⁸ demekte ve başvurulan yöntemi onaylamaktadır. Hz. Peygamber’in onaylamış olduğu bu yöntemi asıyaptan bazı kimseler de kullanmaktadır. Abdullah b. Abbas tevriyeli söz için “ Tevriyeli sözler beni kırmızı ve siyah develerden daha çok sevindirir” diye zikretmekte²⁷⁹ Hz. Ömer de “Maarız yalandan kurtulmadır” buyurmakta²⁸⁰ Hz. Ali ise; Kişiyi yeminden müstağni kılan bu muamele için“ Hz. Osman’ı ben öldürmedim. Öldürülmesini de kerih görmedim” demektedir. Aslında burada ilk olarak Hz. Osman’ın Hz. Ali tarafından öldürülmemiş olması doğru sözdür ancak öldürülmesini çirkin görmedim sözünüyle kastedilen ölümün Allah’tan gelmesi, Hz. Osman’ın şehadete ermesi sebebiyledir.²⁸¹ Ahmed b. Hanbel’e maarizin hükmü sorulduğunda“*alim-satımda*

²⁷⁶ a.g.e., s. 294.

²⁷⁷ Buhari “Menakıbu’l – Ensar”,45; Müsned, III, 211; Kirmani, a.e., XV,125-126.

²⁷⁸ Ebu Davud “Eyman”, 7; Nesai, “Kasame”, 7.

²⁷⁹ Serahsi, *el-Mebsut*, s. 212.

²⁸⁰ Buhari “Edep”,116; el-Meharic fi’l-hiyel, s.4, 6; Haasaf, kitabü’l-hiyel, s.2-3.

²⁸¹ Serahsi, *el-Mebsut*, s. 213.

maariz olmaz. Maariz yalnızca insanların arasını düzeltmek ve buna benzeyen hususlarda caiz olur” demektedir.²⁸² Bu konudaki örnekleri çoğaltmak oldukça mümkündür. Bahsi geçen örneklerden kanun koyucunun vazettiğine aykırı olmayan hilelere cevaz verildiği anlaşılmaktadır.

5.3. İCMADAN DELİLLER

Meşru kabul edilen hilelerle alakalı olarak kitap ve sünnetin dışında âlimlerin icmaı da bulunmaktadır. Hz. Peygamber’in yaşadığı dönemden bu yana haramlardan kaçınma ve zararlı durumları ortadan konusunda hileye başvurma âdeti devam etmektedir. Selef âlimlerin çoğunluğunun da bu durumu onaylaması icmaı gerçekleştirmiş olmaktadır.²⁸³

Hiyelin cevazı konusunda ileri sürülen deliller İslam âlimlerinin bu hususta ne düşündüğünün yansıması olması açısından önem arz etmekte meşru vasıtalarla meşru sonuçlara ulaştıran her türlü tasarruf aynı kapsamda değerlendirilmektedir. Mala ulaşmak için yapılan alışveriş, ikrah halinde küfür lafzının söylenmesi, bir adamın beğendiği kadına sahip olabilmesi için nikâh kıyması, mübah kılınmış diğer fiiler ve maslahat içeren tüm hileler cevaz verilen hileler kapsamında değerlendirilmektedir.²⁸⁴

6. HİLE-İ ŞER’İYYEYİ CAİZ KABUL ETMEYENLERİN DELİLLERİ

İslam hukukçularının bir kısmı da hile-i şer’iyyenin meşru olmadığını savunmaktadır. Zira hile, meşru vasıtalarla ya da meşru olmayan vasıtalarla makasıda aykırı neticeler elde etmek için başvuru olan bir yöntem olmakta Allah’ın koymuş olduğu kanunları delmek için şeklen problemsiz görünen muameleleri kapsamaktadır. Bu düşünce ile İslam hukuk normlarına uygun olmayan bu yöntem için İslam Hukuk Metodolojisinden başta Kur’an-ı Kerim olmak üzere birçok delil göstererek düşünce ve kanaatlerini savunmaktadırlar.

6.1. KİTAPTAN DELİLER

Bu hususla alakalı ilk olarak Kur’an’dan deliller getirilmektedir. Ayette “*Boşanan kadınlar, kendi başlarına üç ay hali beklerler. Eğer Allah’a ve ahiret gününe*

²⁸² İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ’lamü’l muvakkı’in an Rabbi’l-alemin*, C. 1-4, s. 235.

²⁸³ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 296.

²⁸⁴ a.g.e., s. 297.

gerçekten inanmışlarsa, rahimlerinde Allah'ın yarattığını gizlemeleri kendilerine helal değildir. Kocaları bu arada barışmak isterlerse bu durumda boşadıkları kadınları geri almakta daha çok hak sahibidirler. Erkeklerin kadınlar üzerindeki hakları gibi, kadınların da erkekler üzerinde belli hakları vardır. Ancak erkekler onlara göre bir derece üstünlüğe sahiptir. Allah güçlüdür, hâkimdir."²⁸⁵ buyrulmakta haram kılınan dört hileden söz edilmektedir.

İlk olarak kadının hayızlı olmadığı halde kocasının kendisine dönememesi için hayızlı olduğunu söylemesi, ikincisi, kadının hayızlı olmadığı halde sadece nafaka alabilmek için kocasına hayızlı olduğu yalanını söylemesi, üçüncü hile, hamileliğini gizlemesi dördüncü ve son hile ise çocuğunu ikinci kocasına ait gösterebilmek için hamile olarak evlendiğini gizlemesidir. ²⁸⁶ Bu hilelerin tümü kadının kocasına zarar vermek maksadıyla başvurduğu gizli yollardır, hilelerdir. Karısını boşayan erkeğin yeniden evliliği devam ettirebilecekleri kanaatine varması üzerine iddet süresi içinde karısına dönmesi mübah kılınmakta kadına zarar vermek maksadıyla geri dönmesi ise haram kılınmaktadır. Bu ise Allah'ın sevmediği hileli bir yoldur. Kocanın iddet süresinde karısına dönebilmesi Allah'ın meşru kıldığı haklardandır. Kocanın iyi bir maksat taşımadan hileye başvurarak karısına dönmesi zahiren güzel bir fiil gibi olsa da aslında kötü bir niyet taşımakta bu tasarruf görünüşte meşru fakat özü itibariyle haram bir tasarruf olmaktadır.²⁸⁷

Allah-u Teâlâ vereceği hükmü amellerimizin zahirine göre değil, o ameli yerine getirirken taşıdığımız niyet nispetince değerlendirmektedir. Maksadımızın zahiri meşru olsa da özünde olan niyet mutlak netice için önem arz etmektedir. Bu ayet meşru kılınan akitlere gayri meşru vasıtalarla ulaşmanın haram olduğunun delili olmaktadır. Allah'ın vacip kıldığı bir sorumluluğu yahut kul haklarını düşürmek için hile yapmak bu meydana kabul edilmektedir.

Nikâh akdi hususunda olduğu gibi boşanma ile ilgili de başvuru bazı hileler bulunmaktadır. Ayette; *"Kadınları boşadığınız ve onlar da bekleme müddetlerini bitirdikleri vakit ya onları iyilikle tutun yahut iyilikle bırakın. Fakat haksızlık ederek ve zarar vermek için onları nikâh altında tutmayın. Kim bunu yaparsa muhakkak kendine*

²⁸⁵ El-Bakara 2/228.

²⁸⁶ Buhari, a.e.,s.46-51; Mesudi, a.e., s.127.

²⁸⁷ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 298.

*kötülük etmiş olur. Allah'ın ayetlerini eğlenceye almayın. Allah'ın sizin üzerinizdeki nimetini, (size verdiği hidayeti), size öğüt vermek üzere indirdiği Kitab'ı ve hikmeti hatırlayın. Allah'tan korkun. Bilesiniz ki Allah, her şeyi bilir.”*²⁸⁸ buyrulmakta ve uygulanabilecek üç hileden bahsedilmektedir. Bunlardan ilki kocaların eşlerini boşadıktan sonra salih bir niyet olmaksızın sadece kadının iddet süresini uzatmak maksadıyla geri dönmesi ki kocanın böyle davranması iddet süresini dokuz aya kadar uzatabilecektir. İkinci hile ise, kadının bir başkasıyla evlenmesine mani olabilmek için onunla yeniden evlenmek, üçüncü ve son hile ise kadının bir kabahati olmamasına rağmen kadından fidye alabilmek için yeniden evlenmesi şeklindedir. Bu mevzuda kocanın karısını boşadıktan sonra yeniden dönmesinde evlilik birliği amaçlanmamakta aksine kocanın, kadını mağdur etmek ve ondan maddi olarak istifade etmek niyetinde olduğu anlaşılmaktadır. Burada olduğu gibi Allah'ın meşru kıldığı bir tasarrufu gayr-i meşru neticeler elde etmek için uygulamak ve bu tarz başka hilelere başvurmak haram kılınmaktadır.²⁸⁹

Bir diğer örnekte ise hileyi münafıklık için kullanmak yerilmektedir. Nitekim nifak, dış görünüş itibariyle iman, teslimiyet Allah'ın ve Resul'ünün her sözüne boyun eğme, iç yüzü itibariyle ise maksadı küfür ve yalanlama olan bir hiledir. Allah-u Teâlâ nifak konusunda; *“İnsanlardan bazıları da vardır ki inanmadıkları halde “Allah'a ve ahiret gününe inandık” derler. Onlar güya Allah'ı ve müminleri aldatırlar, oysa sadece kendilerini aldatırlar da farkında değildirler. Onların kalplerinde bir hastalık vardır. Allah da hastalıklarını çoğaltmıştır. Yalan söyleye geldikleri için onlara can yakıcı bir azap vardır.”*²⁹⁰ Buyurmakta başka ayet-i kerimede ise *“Münafıklar, Allah'ı aldatmaya çalışırlar. Allah da onların bu çabalarını başlarına geçirir. Onlar, namaza kalktıkları zaman tembel tembel kalkarlar, insanlara gösteriş yaparlar ve Allah'ı pek az anarlar.”* buyurmaktadır. Ayetlerde yerilmiş olan münafıklık yoluna gidenlerin asıl maksatları canları ve mallarını korumaktan, ganimetlere ortak olmak istemekten öte bir hal değildir. Onların asıl vazifeleri kâfirlerin işlerini kolaylaştıracak Müslümanların aleyhine olan tüm menfi işleri yüklenmektir Nifak, görünüş itibariyle maslahat gibi

²⁸⁸ El-Bakara 2/231.

²⁸⁹ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 299.

²⁹⁰ El-Bakara2/8-10.

görünse de özü itibariyle mefsedete sebep olan bir fiil olduğundan hilelerin en çirkini kabul edilmektedir.²⁹¹

Yahudilere cumartesi günü balık avlamanın yasaklamış olmasına rağmen gizliden gizliye bir yol bulmak suretiyle avlanmaları da cevaz verilmeyen hileler kapsamındadır. Kur'an-ı Kerimde “Şüphesiz siz, içinnizden Cumartesi yasağını çiğneyenleri bilirsiniz. Biz onlara, “Aşağılık maymunlar olun” demiştik.” “Biz bunu, hem onu görenlere, hem de sonra geleceklere bir ibret ve Allah’a karşı gelmekten sakınanlara da bir öğüt kıldık.”²⁹² buyrulurken ayette geçen kasaba halkının balıkları avlamak için başvurduğu hileden bahsedilmektedir.

Medyen ve Tur arasında bulunan Eyle kasabasının halkı Allah’ın koyduğu yasağı delmek için ağları ve tuzakları cumartesi gününden önce kurmakta böylelikle cumartesi günü sayısı artan balıklar ağlara takıldığından cumartesi günü geçip yasak kalkınca da bölge halkı ağlardaki balıkları toplamaktadırlar.²⁹³ Onlar Allah’ın haram kıldığı şeyi elde edebilmek için görünüşte meşru vasıtalar kullanarak hükmü göz ardı etmektedirler. Zahirde makasıda aykırı olmayan fakat batını itibariyle hakka muhalif olan tüm hileli muameleler gibi Eyle halkının yapmış olduğu bu ihlal de haram kabul edilmektedir.²⁹⁴

İnsan dünyada başıboş bırakılan bir varlık değildir. Allah’ın kendisi için çizmiş olduğu sınıra riayet etmeli ve yasaklanan muamelelerden uzak durmalıdır. Çünkü dünya hayatı insanın tarlası mahiyetindedir. Ayette “Kim zerre miktarı hayır yapmışsa onu görür. Kim de zerre miktarı şer işlemişse onu görür”²⁹⁵ buyrulmaktadır. Fakat insan bazı zamanlarda kendisi için vaad edilen hakkı göz ardı etmekte ve belli hilelere başvurmaktadır. “Ölçüde ve tartıda hile yapanların vay hâline! Onlar insanlardan (bir şey) ölçüp aldıkları zaman, tam ölçerler. Fakat kendileri onlara bir şey ölçüp yahut tartıp verdikleri zaman eksik ölçüp tartarlar. Onlar, büyük bir gün; insanların, âlemlerin Rabbinin huzurunda duracakları gün için

²⁹¹ Abdullah Meraği, *İskatü'l-ahkam 'iş-şeriyeye bi't-tahayüli memnu*, Kahire: Mecelletül Ezher, 1954, c. 25/7, ss. 375-76.

²⁹² Bakara 2/65-66

²⁹³ Muhammed Mesudi, *el-Hiyel*, Mecelletü Cami'ati'l-İslamiyye bi'l Medinetü'l Münevvere, 1406, c. 18, s. 128.

²⁹⁴ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 300.

²⁹⁵ Zilzal 99/7-8.

*diriltileceklerini sanmıyorlar mı?*²⁹⁶ ayetinde bahsedildiği gibi eksik hesap yapmak ölçü ve tartıda hileli muamelede bulunmak şiddetli bir azabı celbetmektedir.

Görünürde insanlara haklarını vermek için yapılan özü itibariyle muhatabına zulm içeren bu tür hileli tasarruflar, Allah'ın adaleti tesis etmek için vasıta kıldığı ölçü ve tartıda adaletsizlik yapılması, Allah'ın emrettiği adaletli muamelelere muhalif bir eylem olduğu için haram kılınmaktadır. Allah-u Teâlâ Şuayb (as)'ın kavmini ölçü ve tartıda hile yaptıkları için helak etmektedir. Bahsi geçen bu örnekler ve getirilen deliller, aldatmak ve haksızlık yapmak için başvurulmuş her türlü hilenin haram kılındığına işaret etmektedir.²⁹⁷

6.2. SÜNNETTEN DELİLLER

Allah'ın koyduğu kanunlara muhalif olan hileli tasarrufların, hukuki çerçeve dışında kaldığını savunan âlimler bu hususla ilgili olarak Hz. Peygamber'in yaşantısından da deliller getirmektedirler. Hz. Peygamber, kişinin yapmış olduğu muamelelerin kıymetini belirleyen kıstasın o işin yapılırken hangi maksatla yapıldığına işaret ederek *“Ameller ancak niyetlere göredir. Her kim neye niyet ederse eline geçecek ancak odur. Bu sebeple kimin hicretten niyeti, Allah'a ve Resulüne ise onun hicreti Allah'a ve Resulünedir. Kim elde edeceği dünyevi bir menfaat için veya evleneceği bir kadın için hicret ederse onun hicreti de hicret ettiği şeydir.”*²⁹⁸ demekte, amellerin niyetlere göre akitlerin maksatları nispetince kıymetlendirileceğine işaret etmektedir. Mecellenin ikinci maddesinde *“Bir işte maksat ne ise hüküm ona göredir”*²⁹⁹ kaidesi de bu hadise nispet edilen bir kaide olup, akitlerde önemli olan kriterin de maksat olduğu lafız ve şekil olmadığını desteklemektedir.

İbn Kayyim el-Cevziyye, akdin zahiren alış-veriş olması kişiyi günaha kurtarmaz. Nikâh akdiyle *“hülle”*ye niyet eden *“muhalli”* sıfatını alacağını ve Hz. Peygamberin laneti altına gireceğini ifade etmektedir.³⁰⁰ Maksadı Allah'ın haram kıldığı helal kılmak, helal kıldığını haram kılmak olan her fiil günah kabul edilmekte,

²⁹⁶ Mutaffifin 83/1-6.

²⁹⁷ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 305.

²⁹⁸ Buhari, “Be'ül-vahy”,1, “İman”,41, “Nikâh”,5 “Talak”,11.

²⁹⁹ Mecelle/2.

³⁰⁰ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 309.

iradenin dışı yansıyan kısmından daha ziyade içsel boyutunu önemseyenlerin görüşüne göre bahsi geçen hadis hileli muamelelerin iptali için yeterli görülmektedir.

Hiz. Peygamber verilen sözlerin yerine getirilmesini ve akitlerde itibar edilmesi gereken hususun manayı besleyen kanallar olduğunu oldukça önemsemektedir. Emeviler Döneminde Rumlar ile Muaviye arasındaki ateşkesin bitirilmesi mevzusunda sahabe ahde vefanın önemini hatırlatmaktadır. Muaviye'nin anlaşma süresi dolunca Rumların memleketine doğru harekete geçmesi üzerine Amr bin Abese "*Allah-u Ekber, ahde vefa var, ihanet yok*" diye bağırdı. Muaviye Amr bin Abese'ye ne demek istediğini sorunca Amr bin Abese "*Resulullah'tan şunu işittim : "Her kimin bir topluluk ile antlaşması bulunursa onun müddeti doluncaya kadar veya hakkaniyet üzere antlaşmayı feshettiğini onlara bildirmeden bu ahdi ne çözsün ne de bağlasın. "*" Bunun üzerine Muaviye askeri ile geriye dönüş yaptı.³⁰¹ Hadiste barış süresinin dolmasının akabinde düşmana aniden saldırmanın, caiz olmadığına işaret edilmektedir. Ahit yapılan gruplara antlaşma süresinin dolduğunu bildirmeden saldırmak ahdi yaptığımız tarafa karşı hile olduğundan yasaklanmakta lafzı ve manası itibariyle ahitlere vefa göstermek şart olmaktadır.

Meşru muamelelerin kötü neticeler için kullanılmasının hukuken geçersiz olduğu ve dinen yasaklanmış olduğuna dair delil olarak getirilen bir başka örnek; "*Sizden biriniz diğerine borç verdiğiğinde borçlu alacaklıya hediye verirse veya aracıyla taşımak isterse hediyeyi kabul etmesin, aracına binmesin. Fakat daha önceden aralarında böyle bir adetleri varsa bu onun dışındadır.*"³⁰² hadisiyle aktarılmaktadır.

Hiz. Peygamber borçlu olan kişinin, borcunu ödemediği önce alacaklısına hediye vermesini yasaklamaktadır. *Menfaat getiren her borç ribadır*"³⁰³ hadisi göz önüne alındığında bu durumun makasıda aykırı olduğu anlaşılmaktadır. Bu kapsamda pazara mal getiren satıcıların yolda karşılanması,³⁰⁴ menfaat elde etmek maksadıyla

³⁰¹ Ebu Davud , "Cihad",152; Tirmizi, "Siyer",27; Müsned, IV, III,113-376,386.

³⁰² İbn Mace "Sadakat",19

³⁰³ Muttaki el-Hindi, Kenzü'l -ummal, VI, nr.15516.

³⁰⁴ Ebu Davud, "Büyu",43; Tirmizi, "Büyu",12; İbn Mace, "Ticaret",16; Müslim, "Büyu", 14.

devlet görevlilerine hediye verilmesi³⁰⁵ de yasaklanmaktadır. Bu muameleler görünüş itibariyle olumsuz olmasalar da netice itibariyle haksız kazanca yol açmaktadırlar. Bey, icare ve mudarebe gibi ivazlı akitlerde de itibar edilen kıstas lafız değil mana olmaktadır. Hz. Peygamber'in hilekârlık içeren her türlü muameleyi zemmetmesi bu durumun cevazıyla ilgili yeterli delili sağlamaktadır.

6.3. İCMADAN DELİLLER

Makasıda aykırısı olan hilelerin haram olduğu konusunda İbn Teymiyye ashabın icmaı bulunduğunu ve sahabe icmasının kat'i deliller arasında olduğunu zikretmektedir. Sahabeden Hz. Ömer bir hitabesinde hülle yapanı ve adına hülle yapılanı recm cezası ile cezalandıracağını söylemekte diğer sahabeler ise buna karşı bir görüş dile getirmemektedir.³⁰⁶ Hz. Osman, Abdullah b. Abbas ve Abdullah b. Ömer hüllenin kadını eski kocasına helal kılmayacağı ve akdin geçersiz olacağı noktasında görüş birliği içindedirler. Hz. Ömer, Abdullah b. Ömer, Ubey b. Ka'b, Abdullah b. Abbas ise alacaklının borçlusundan hediye kabul edemeyeceği bu tasarrufun riba olacağı görüşünde, ölümcül hastalıkta olan kocanın karısına miras bırakmamak maksadıyla karısını boşamasının geçersiz sayılmasını da ittifakla kabul etmektedirler. Bu görüşe Ensar, Muhacirler, Bedir ashabı ve diğer sahabeler de katılmaktadırlar.³⁰⁷

Zahiri itibariyle alış-verişe benzeyen ine akdi hakkında ise; Hz. Aişe, Abdullah b. Abbas ve Enes b. Malik haram olduğunu belirterek, bu muamelenin Allah ve Resulünü aldatmak manasına geldiğini, görünüşü ve niyeti birbirinden farklı olduğu için akdin fasit olduğunu belirtmekte ve ine akdinin haramlığı konusunda ittifak etmektedirler. Sahabenin şeri delillerle kaynaklık etme derecesi göz önüne alındığında Allah'ın vazettiği kanunların maksadına aykırı bir hüküm vermeleri mümkün olmamaktadır. Bu sebeptendir ki meşru vasıtaları kullanarak vacibin düşürülmesi, hakkın ortadan kaldırılması, helal ve haram dengesinin bozulmaya çalışılması gibi batılı ortaya çıkaran hileli muamelelerin ifasına, sahabeler tarafından da cevaz verilmemektedir.

³⁰⁵ Müsned, V, 424.

³⁰⁶ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 324.

³⁰⁷ a.g.e., s. 325.

7. İSLAM HUKUKUNDA HİLE-İ ŞER'İYYE KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLEN ÖRNEKLER

Hile-i şer'iyyenin, tanımı, mahiyeti, ortaya çıkışına zemin hazırlayan etkenler ve mezhep imamlarının hile-i şer'iyye hakkındaki görüşlerine değinildi. Bu konu altında ise; İslam hukuk doktrininde en fazla tartışılan hile-i şer'iyye örneklerine yer verilecektir. İlk olarak hülle, konusu daha sonra bey'ul-ine, teverruk, zekâtın ve şufa hakkının düşürülmesi hakkında örnekler verilecek son olarak ise ibadetler hususunda başvurulmuş hile-i şer'iyye misallerine yer verilecektir.

7.1. HÜLLE

Sosyal yapının temelini oluşturan aile, kadın ve erkek arasında kurulan nikâh bağı ile gerçekleşmektedir. Evlilik, aynı zamanda insani ihtiyaçların ve toplumsal ilişkilerin zaruri bir neticesi olmaktadır. Evlilik kurumunun, sağlıklı bir süreçle devam etmesi, sosyal yapıyı oldukça fazla etkilemekte bu kurumda herhangi bir zayıflama yaşanması halinde, huzursuzluk veren bağı sonlandırılması doğal ve yasal bir süreç olmaktadır.³⁰⁸

Cahiliye döneminde boşanma gerçekleştikten sonra aynı kadınla evlenme konusunda süre ve sayı sınırının olmaması, kadınların mağduriyetine ve evlilik bağının oyuncak haline gelmesine neden olduğundan İslam'la birlikte boşanma muamelesi ciddi neticelere bağlanmaktadır.³⁰⁹ Ensar'dan bu zulme maruz kalan bir kadın kocasına “*aile hayatımız devam etmeyecekse beni boşa*” deyince kadının bu çaresiz ve haklı haline kocası “*Allah'a yemin ederim ki seni ne alırım ne de seni boşarım*” şeklinde cevap vermiş ve ³¹⁰talak hükümlerini düzenleyen “*Dönüş yapılabilecek) boşama iki defadır. Sonrası, ya iyilikle geçinmek, ya da güzellikle bırakmaktır. (Evlilikte) tarafların Allah'ın belirlediği ölçüleri koruyamama endişeleri dışında kadınlara verdiklerinizden (boşanma esnasında) bir şeyi geri almanız, sizin için helâl olmaz. Eğer onlar Allah'ın belirlediği ölçüleri gözetmeyecekler diye endişe ederseniz, o zaman kadının (boşanmak için) bedel vermesinde ikisine de günah yoktur. Bunlar Allah'ın koyduğu sınırlardır. Sakın bunları aşmayın. Allah'ın koyduğu sınırları kim aşarsa, onlar zalimlerin ta*

³⁰⁸ Bekir Topaloğlu, *İslam'da Kadın*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2016, s. 159.

³⁰⁹ a.g.e., s. 160.

³¹⁰ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 358.

kendileridir.”³¹¹ ”Eğer erkek karısını (üçüncü defa) boşarsa, kadın, onun dışında bir başka kocayla nikâhlanmadıkça ona helâl olmaz. (Bu koca da) onu boşadığı takdirde, onlar (kadın ile ilk kocası) Allah’ın koyduğu ölçüleri gözetebileceklerine inanıyorlarsa tekrar birbirlerine dönüp evlenmelerinde bir günah yoktur. İşte bunlar Allah’ın, anlayan bir toplum için açıkladığı ölçüleridir.”³¹² ayetleri nazil olmuştur.

Ayetler boşanmanın sınırını ve eski eşe dönebilmek için yapılması gereken hususları ifade etmektedir Şartların bu denli ağır olmasında evlilik bağının sıhhati, eşlerin birbiri üzerindeki hakları ve aile kurumunun ciddiyeti etkili olmaktadır.

Boşanmada aslolan şey tarafları sakındırmaktır. Bu nedenle boşanmanın sayısı üçle sınırlandırılmaktadır. Tüm boşanma haklarının kullanılması durumunda, kadını ilk kocasına helal kılabilmek maksadıyla yapılan süreli, şartlı ve fiilen gerçek olmayan evlilikler, dinen geçerli kabul edilmemekte ve hülle olarak isimlendirilmektedir.³¹³ Erkeğin karısını bain talakla boşamasının ardından ilk eşine dönebilmesi için başka biriyle evlenmesi gerekmektedir. Kuran’da, kadının yapması gereken evlilikten bahsederken, doğal sürecinde gerçekleşen ve son bulan bir evlilikten bahsedilmektedir.³¹⁴ Hülle gibi sun’i bir evlilik kastedilmemektedir.³¹⁵ Ancak ayette geçen “bir başka kocayla nikâhlanmadıkça”³¹⁶ tabiri ile alakalı olarak farklı görüşler bulunmaktadır.

Cumhur ulemaya göre; bain talakla boşanmış kadının bir başkasıyla yalnızca kâğıt üzerinde yaptığı nikâh akdi, kadını ilk kocasına helal kılmamakta, evliliğin doğal sürecinde olması gereken cimanın yaşanması, nikâh akdini geçerli kılacaktır.³¹⁷ Nikâh kelimesi sözlükte; “birleştirme, bir araya getirme; evlenme, evlilik; cinsel ilişki”³¹⁸ manalarına gelmektedir.

Cumhur ulemaya göre; ayette geçen nikâh lafzıyla, hukuki olarak cima, mecazi olarak akit kast edilmektedir. Ayette geçen “başka bir koca ile nikâhlanmadıkça”³¹⁹

³¹¹ Bakara 2/ 229.

³¹² Bakara 2/230.

³¹³ Saffet Köse, “Hülle”, İstanbul: TDV İslam Araştırmaları Merkezi, 1998, c. 18, s. 476.

³¹⁴ Bakara 2/229-230

³¹⁵ Köse, “Hülle”, s. 477.

³¹⁶ Bakara 2/230

³¹⁷ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 360.

³¹⁸ Fahreddin Atar, “Nikah”, TDV İslam Araştırmaları Merkezi, t.y., c. 33, s. 113.

³¹⁹ Bakara 2/229-230

ibaresinde de, bahsi geçen kişinin herhangi bir adam değil koca sıfatında olması gerektiğine işaret edilmektedir.³²⁰ Yapılan ikinci nikâh akdinde cimanın şart koşulması, evlilik bağının ciddiyeti ve boşanma haklarının tamamını kullan kocaya caydırıcı olabilmesi için de gerekli olmaktadır.³²¹ Cima bulunmadıkça kadın ilk kocasına helal olmaz görüşüne muhalif olarak yalnızca nikâh akdiyle kadının kocasına helal olacağı görüşünü savunanlar da bulunmaktadır.

Said b. Müseyyeb, Bişr el-Merisi, Davud ez-Zahiri ve Şia bu görüşü savunmakta, Said b. el-Müseyyeb “*Bir başka erkekle nikâhlanmadıkça*”³²² ibaresini yalnızca nikâh akdi şeklinde yorumlayarak nikâh akdi mevcut olduğu takdirde, kadının ilk kocasına helal olacağı görüşünü savunmaktadır.³²³

Bain talakla boşanmış kadının durumuyla alakalı olarak mezhep imamları farklı görüşler ortaya koymaktadır. Hanefî mezhebine göre; bain talakla boşanmış bir kadınla ne kadının ne de ilk kocasının uyarı ve tehditlerine maruz kalmadığı halde, kadını eski kocasına helal kılmak maksadıyla nikâhlayan ve normal sürecinde boşayan ikinci koca, ecir kazanmakta, yapılan akit ise, geçerli kabul edilmektedir.³²⁴ Ancak İmam Züfer’e göre; bain talakla boşanmış olan bir kadın, başka bir erkeğe, beni eski kocama helal kılmak için benimle evlen derse ya da ikinci koca, kadınla onu, ilk kocasına helal kılmak için evlenirse nikâh geçerlidir; fakat nikâhın şartları mekruh kabul edilmektedir. Kadın, böyle bir evliliğin sona ermesinden sonra ilk kocasına geri dönebilecektir.³²⁵

Ebu Yusuf, bu durumla alakalı olarak, şartlı yapılan nikâh akdinin, taraflar arasında cins-i münasebet olsa dahi, geçersiz sayılacağını ve kadının ilk kocasına helal olmayacağını belirtmektedir.³²⁶ İmam Azam Ebu Hanife’nin bu konudaki hareket noktası, nikâhın ister şartlı olsun ister doğal sürecinde olsun temelinde caiz olmayı barındırdığı yönündedir. Bu nedenle şartla yapılan nikâh akdi, sıhhatinden bir şey kaybetmeyecek ve kadın ilk kocasına helal olacaktır.

³²⁰ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 362.

³²¹ Köse, “Hülle”, s. 476.

³²² Bakara 2/229-230

³²³ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 362.

³²⁴ Serahsi, *el-Mebcut*, s. 227.

³²⁵ a.g.e., s. 228.

³²⁶ a.g.e., s. 229.

Şafiiler'e göre ise; üç talakla boşanmış kadını yalnızca ilk kocasına helal kılmak için yapılan nikâh, mut'a nikâhı olarak isimlendirilmektedir. Mut'a nikâhının ebedi bir niyet taşımaması, ona benzetilen hülleği de haram kılmaktadır.³²⁷ İmam Şafii, nikâhı sona erdirmeye yönelik ortaya konulan her türlü şartın, nikâh akdini batıl kılacağını ve tarafların nikâhtan doğan her türlü haktan mahrum kılacağını ifade etmektedir.³²⁸ Kadının kocasına yeniden helal olabilmesi için bir başka adamla sıhhat şartları tam bir akitle evlenmesi gerekmektedir. Ancak yapılan nikâh akdinde taraflardan biri nikâhın şartlı olduğunu ikrar etmezse, niyete değil görüneye itibar edilecek ve nikâh geçerli sayılacaktır.³²⁹ Niyetlere göre muamelenin sahibi insanlar değildir. Şekil olarak şartlara uyan muameleler, hukuken de geçerli kabul edilmektedir. Bu sebeple hülle maksadını izah etmemesi durumunda yapılan nikâh akdi geçerli sayılmaktadır.

Malikiler'e göre, ister cimadan önce olsun ister cimadan sonra, hülle şartı veya kadını ilk kocasına helal kılma maksadının tespit edilmesi halinde, yapılan nikâh akdi geçersiz sayılacaktır. Hülle maksadıyla yahut kadını ilk kocasına helal kılma maksadıyla nikâh yapan ikinci koca, kadını aldıktan sonra gerçek manada beğenip, eşi olmasını dilesse dahi yapılan nikâh akdinin feshine hükmedilecektir. Adamın niyetinin tespit edilmesi ya da adamın durumu itiraf etmesi halinde kadınla arası ayrılacak fakat kadın yine ilk kocasına helal olmayacaktır.³³⁰

Hanbeliler göre ise; hülle maksadıyla ya da bu şartla yapılan diğer akitler haram kabul edilmektedir. Akitten önce şart koşulsun yahut koşulmasın, akit esnasında akdi yapan kocanın hülle gibi bir niyeti varsa akit yine batıl kabul edilmektedir.³³¹ Ahmet b. Hanbel'e bu durumla alakalı olarak : *"Kadının haberi olmadan onu ilk kocasına helal kılmak için nikâh kıyan adamın durumu nedir?"* diye sorulduğunda Ahmed b. Hanbel: *"O muhallil" dir, mel'un'dur* diye cevap vermektedir. Ancak ikinci kocaya hülle şartı koşulsa, o da gerçek anlamda evliliğe niyet etse nikâh akdi sahih kabul edilecektir.

Hülle konusuyla alakalı olarak Hz. Peygamber'in şu hadisleri ihtilafların cevabı olmaktadır. Sahabeden Rifaa el-Kurazi hanımını boşamıştı. Bundan sonra hanımı Abdurrahman b. ez-Zebir ile evlenmiş fakat cins-i münasebet yaşanmamıştır. Hz.

³²⁷ İbrahim Kafi Dönmez, "Müt'a", İstanbul: TDV İslam Araştırmaları Merkezi, 2006, c. 32, s. 176.

³²⁸ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 365.

³²⁹ Köse, "Hülle", s. 477.

³³⁰ İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lamü'l muvakkı'in an Rabbi'l-alemin*, c. 1-4, ss. 43-50.

³³¹ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 366.

Peygamber kadının niyetinin ilk kocasına dönmek olduğunu fark edince “*Sen Rifaa’ya geri dönmek mi istiyorsun? Hayır, yeni kocanla zıfağa girip fiili evlilikte bulunmadıkça ona dönemezsin*” buyurmuştur.³³²

Hz. Peygamber; “*Size kiralık tekenin kim olduğunu haber vereyim mi? Sahabeler, Evet Ya Rasulallah deyince:” O hülle yapandır, Allah hülle yapana, kendisi adına hülle yapılana da lanet etsin*” buyurmuştur.³³³ Ashabın hülle hakkındaki görüşleri de hadislere ilave olarak zikredilebilir. Hz. Ömer hülle yapanın nasıl cezalandırılacağını; “*Kadını üç talakla boşanmış olan eski kocasına helal kılmak için evlenen kişi (muhallil) ile kendisi için hülleyle başvurulmuş kocayı (muhallelin leh) taşta tutmak şartıyla idam ederim.*”³³⁴ şeklinde izah etmektedir.

Sahabeden Hz. Ali, Abdullah b. Mes’ud, Ebu Hureyre, Cabir bin Abdullah, Abdullah bin Abbas, Ukbe bin Amir hülleyi, cinsi münasebet ile sona ereceği belli, muvakkat akit olması sebebiyle yasaklamakta, aynı zamanda bu nikâhın kadını ilk kocasına helal etmeyeceği noktasında ittifak ederek ve hülleyi zina olarak kabul etmektedirler.³³⁵

Hz. Peygamber, bir kadınla malı, soyu güzelliği ve dini için nikâhlanılabileceğini zikretmektedir.³³⁶ Bu sebeple hülle gibi şekil bakımından kusursuz ancak nikâh akdinin maksatlarını ihlal eden muameleleri yasaklamaktadır. Hülle, hileli bir muamele olduğundan mezhep imamları tarafından da meşru kabul edilmemekte İslam hukukunun genel öğretilerine ters düştüğünden ve hile kastı bulunduğundan mezhep imamları tarafından da cevaz verilmemektedir.³³⁷ Nasslara ve içtihatlarla göre haram olan ve maslahatları ortadan kaldıran bu muamelenin, İslam hukukuna isnat edilmesi İslam Hukuk doktrininin ruhuna da uygun olmayacaktır.

7.2. BEY’UL-ÎNE

İslam, hiçbir yoruma mahal vermeyecek şekilde faizi yasaklamaktadır. Faiz yasağı, insanın mutlak manada özgür olamayacağını, belli kurallara uyuması ve bu

³³²Buhari “Şehadet”, 3, “Talak”, 4, “Libas”, 6,23, “Edeb”, 68; Müslim “Talak”, 1,2,4,5; EbuDavud, “Talak”, 49.

³³³ İbn Mace, “Nikâh”, 33.

³³⁴ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 369.

³³⁵ İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ’lamü’l muvakkı’in an Rabbi’l-alemin*, c. 1-4, s. 48.

³³⁶ Buhari, “Nikah”, 15; Ebu Davud, “Nikah”, 2; Nesai, “Nikah”, 13; İbn Mace, “Nikah”, 6; Darimi, “Nikah”, 4.; Muvatta, “Nikah”, 21; Müsned, II, 428.

³³⁷ Köse, “Hülle”, s. 376.

sınırları aşmaması gerektiğinin bir işareti olmaktadır. Fakat insan kendisi için koyulan yasakları aşma ve neticesinde cezalandırılmama isteğine sahip bir varlıktır. Bu sebeple hem hükme uyar gibi davranmak hem de arzu ettiği neticeye ulaşmak için belli başlı hilelere başvurmaktadır. Bey’ul-îne, ise, bu manada başvuru hileli muamelelerin başında gelmektedir.

Bey’ul-îne sözlükte; “*bir şeyin en iyisi, ribâ, borç verene herhangi bir menfaat sağlamayan borç (selef)*”³³⁸ ıstılahta; “*bir kimsenin bir malı belli bir fiyat karşılığında vadeli olarak satın aynı malı peşin parayla sattığı fiyattan daha ucuza geri satın alması*”³³⁹ manalarına gelmektedir. Bey’ul-îne muamelesinde, satıcı veresiye 100.000 liraya sattığı malı, teslim ettikten sonra yine o malı 70.000 liraya peşin olarak geri satın almaktadır. Bu muamelede şekil bakımından iki tane kusursuz akit bulunmakta her iki akitte de zahiri itibariyle sıhhat şartlarına aykırı bir şey bulunmamaktadır. Ancak bu alış-veriş akdinin arkasında faizi elde etme arzusunun bulunması, muameleyi ihtilafli hale getirmektedir.³⁴⁰

Mir Siadat Ali Khan faizi iktisadi hayatın zaruri şartı olarak görmektedir. Bu sebeple; “*Toplum borç almadan yapamaz. Ziraat ve tarımla uğraşan kimseler olumsuz şartlar sebebiyle borç aramaya mecbur olabilirler. Borç da faizsiz olmaz. Tarih de göstermiştir ki her çağ ve her ülkede bu böyle olmaktadır. Bu sebeple İslam hukukunun bütün borçların faizden muaf olması gerektiği dair hükmünün uygulanması mümkün değildir. Hanefî ve Şafî fakihler bunu daha evvel fark etmişlerdir fakat onların yöntemleri şer’i hile olması nedeniyle sadece problemlerin yarsını çözmektedir*”³⁴¹ şeklinde bir görüş bildirmektedir. Ancak iddia edildiği üzere faiz sosyal ve iktisadi hayatın bir gerekliliği konumunda olsaydı haram kılınmazdı. Borç alıp verme konusunda herhangi bir sorun çıkması halinde ise; zarurete binaen müsaade edilmekte bu da genel hükmü ortadan kaldırmamaktadır.³⁴²

Bey’ul-îne ile ilgili olarak mezhepler arası farklı görüşlerin ortaya çıkmasında, Hz. Peygamber’in yasakladığı bey’ul-înenin ne olduğu konusu etkili olmaktadır. Ayrıca

³³⁸ H. Yunus Apaydın, “İne”, TDV İslam Araştırmaları Merkezi, 2000, c. 22, s. 283.

³³⁹ a.yer.

³⁴⁰ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 370.

³⁴¹ a.g.e., s. 379.

³⁴² Halit Çalış, “Zaruret”, İstanbul: TDV İslam Araştırmaları Merkezi, 2013, c. 44, s. 142.

İslam hukuku alimlerinin bey'ul-îne hakkında yapmış oldukları yorumlar da mezheplerin görüşlerini fazlasıyla etkilemektedir.

Bey'ul-îne, ihtiyaç sahibi bir kişinin, varlıklı birine gelerek borç almak istemesi üzerine, muhatabının kendisine karz-ı hasen yoluyla borç vermesi yerine daha fazla para kazanmak istemesi ve borç isteyen kişiye, kıymeti 100.000 lira olan bir malı 120.000 liraya satması dolayısıyla 20.000 lira kar elde etmesi şeklinde yorumlanmıştır.³⁴³ Aynı zamanda bey'ul-îne, alıcı ile satıcı arasına üçüncü bir kişinin girmesiyle de olmaktadır. Borç verecek kişi, arabayı borç isteyen kişiye değerinden fazla bir paraya 150.000 liraya veresiye satar. Üçüncü şahıs da tekrar o arabayı borç verecek olan ilk kişiye, arabanın değeri nispetinde yani 100.000 liraya satar ve arabayı teslim ederek karşılığında 100.000 lira alır ve borç isteyen kişiye verir. Böylelikle 100.000 lira borç isteyen kişi araba sahibine 150.000 lira borçlanmış böylelikle arabanın sahibi olan kişi, dolaylı yoldan 20.000 lira fazla paraya sahip olur.³⁴⁴

Bey'ul-îne'nin uygulamalarından bir diğeri de malın satan kişiye geri dönmesi yoluyla olmaktadır. Tacirin 200.000 liraya sattığı malı, müşterinin 100.000 liraya başkasına satması, tacirin de o malı ikinci müşteriden peşin olarak satın alıp, aldığı peşin 100.000 lirayı ilk müşteriye vermek için aracılık görevi yapması bey'ul-înenin şekillerinden biri kabul edilmektedir. Tacirin ilk müşterisinden malı tekrar daha aşağı bir fiyata satın alamamasının nedeni ise, satın alınan malın parası ödenmeden tekrar daha düşük bir paraya sahibine satılmasının yasak olmasındandır.³⁴⁵

Bey'ul-îne hakkında yapılan bu yorumlamalar mezheplerin bey'ul-îne yorumlarını etkilemekte bu sebeple Hanefilerin tanımı ile Cumhur ulemanın tanımı arasında fark bulunmaktadır. Cumhur ulemaya göre bey'ul-îne; veresiye satılan bir malın, satan kişi tarafından daha ucuza peşin şekilde alınması, Hanefilere göre ise; borç isteyen kişiye bir malın satılması ve bu malı satın alan kişinin o malı, peşi olarak bir başkasına daha ucuza satması şeklinde yorumlanmaktadır.³⁴⁶

Ebu Hanife, İmam Malik, Ahmed b. Hanbel'e göre bey'ul-îne caiz bir muamele değildir. Ancak İmam Muhammed'e göre tahrimen mekruh kabul edilmiştir. İmam

³⁴³ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 382.

³⁴⁴ a.g.e., s. 380.

³⁴⁵ a.yer.

³⁴⁶ Köse, a.e., s.381.

Muhammed: “Bu tür alışverişlerin kötülüğü dağlar kadar büyüktür. Bey’ul-ine’yi faiz yiyiciler icad etmişlerdir”³⁴⁷ diyerek İmam Malik ise kendisine bey’ul-ine sorulduğunda “Allah aldatılmaz. Allah ve Resulu bunu haram kılmıştır”³⁴⁸ şeklinde cevap vererek bey’ul-ine hakkındaki görüşlerini ifade etmişlerdir.³⁴⁹

İmam Şafii ise; ine akdini şekil itibariyle hukuka uygun bulmakta bu nedenle bey’ul-îne akdini hukuken geçerli kabul etmektedir. Akitlerde itibar edilen hususun kişilerin beyanlarının olması bu akdi hukuken geçerli kılmaktadır.³⁵⁰

Hanefiler, kişinin sattığı malı parasını ödmeden önce, daha düşük bir ücretle satın almanın caiz olmadığını ifade etmektedirler. Ebu Yusuf ise bey’ul-îneyi, Hanbelilerin teverruk dedikleri, ulemanın çoğunluğunun cevaz verdiği manada anlamakta ve bu nedenle caiz görmektedir.³⁵¹ Hanefiler, Hanbeliler, Malikiler ve İslam hukukçularının çoğunluğu bey’ul-înenin caiz olmadığı, haram kılındığı noktasında fikir birliği içerisindedirler. Ancak bu tür uygulamalara faize düşmekten alıkoyması gerekçesiyle olumlu yaklaşan görüşler de bulunmaktadır.³⁵² İne akdine cevaz verenlerin de ine akdine cevaz vermeyenlerin de dayandıkları belli başlı gerekçeler ve kaynaklar bulunmaktadır.

7.2.1. Bey’ul-îneyi Meşru Görenlerin Delilleri

İne akdinin hukuki olarak geçerli olduğunu belirten İmam Şafii ve İbn Hazm bu hususla alakalı olarak Kur’an’dan şu iki ayeti delil getirmektedir. İlk olarak “Allah alış-verişi helal kıldı.”³⁵³ ayeti, ikinci olarak; “Allah size haram kıldığı şeyleri tafsilatlı şekilde açıklamıştır.”³⁵⁴ ayeti haram ve helalin sınırları belirtilmektedir. Allah unutmaktan münezze olmasından dolayı³⁵⁵ bey’ul-ine gibi bir muamelenin hükmünün Kur’an’da belirtilmesinin unutulmadığına işaret etmektedir. Bey’ul-înenin haram olduğu hükmüne

³⁴⁷ Takıyüddin Ahmedb. Abdülhalim İbn Teymiyye, *İkametü’l-d-delim ala ibtali’t-tahlil (el-Fetava’l-Kübra 3.cilt içerisinde)*, Kahire, 1965, s. 134.

³⁴⁸ a.yer.

³⁴⁹ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 381.

³⁵⁰ Apaydın, “İne”, s. 284.

³⁵¹ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 382.

³⁵² a.yer.

³⁵³ Bakara 2/ 275.

³⁵⁴ En’am 6/119.

³⁵⁵ Meryem 19/64.

nasslarda yer verilmediği düşüncesiyle bey'ul-îneye cevaz verilmektedir.³⁵⁶ Bey'ul-îne akdinin caiz olduğuyla alakalı getirilen diğer bir delil ise Hz. Peygamber'in sünnetinde yer almaktadır. “Hz. Peygamber bir sahabeyi Hayber’e vali tayin etmişti. O da kendilerine iyi cins hurma getirmişti. Hz. Peygamber hurmaları görünce “ Hayber’in bütün hurmaları böyle midir?” diye sormuş Sahabe de: Hayır ya Resulallah! “ biz bunun bir ölçüğünü iki ölçüğe, iki ölçüğünü üçe alıyoruz” cevabını verince Hz. Peygamber : “Öyle yapma! Bayağı hurmayı para ile sat, sonra bu para ile kaliteli hurma satın al!” buyurmuşlardır.³⁵⁷ Şâfiîler’e göre, bu hadisede iyi hurmayı satan kişinin, kötü hurmayı satın alan kişi olması da muhtemeldir. Dolayısıyla bu durumda satıcının kendi parası yine kendine dönmüş olmaktadır.³⁵⁸

İmam Şafii şekil şartları tam olan akitleri hukuki olarak geçerli olarak saymaktadır. Bey'ul-ine akdinin de şekil şartlarına uygun olması halinde hukuki olarak geçerliliği sağlanmış olacaktır. Dini manada geçerli olup olmadığını ise, Allah'ın değerlendireceğini ifade edilmektedir. İmam Şafii, veresiye mal satan kişinin, bu malı sattığı kimseden daha ucuza peşin olarak satın alabileceğini ifade etmektedir. Aynı zamanda akitte istenen şartların şekil itibariyle mevcut olması, akdin geçerli olması için yeterli görülmektedir.³⁵⁹ Kişilerin bu akitle faizi amaçlayıp amaçlamadıklarıyla alakalı sözlere itibar edilmemektedir. Nitekim insanlar hakkında su-i zanda bulunarak hüküm vermek, hukuki geçerlilik ve nesnellik açısından uygun olmamaktadır.³⁶⁰

Bu hadise ile ilgili olarak İbn Hazm'ın görüşü de büyük ölçüde Şâfiî'ye benzemektedir. Ancak İbn Hazm, bu şekildeki alım satımın bizzat akitte öne sürülen bir şartla olmaması gerektiğini özellikle belirtmektedir. Buna göre akdin yapılma şekli taraflarca önceden kararlaştırılmış değilse bu akdin meşrû olduğuna karar verilir.³⁶¹

Hz. Âişe'den rivayet edilen haberden de sahabe döneminde îne akdinin mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Bir kadın Hz. Âişe'ye gelerek câriyesini Zeyd b. Erkam'a vadeli olarak 800 dirheme satıp sonra da aynı câriyeyi Zeyd'den 600 dirheme peşin

³⁵⁶ Ebu Abdillah Muhammed b. İdris Şafii, *el-Ümm*, çev. Musa Özdemir, İstanbul: Buruc Yayınları, 2011, s. 69.

³⁵⁷ Buhari, “İ'tisam”, 20; “Meğazi”, 39; “Buyu”, 89; “Vekâlet”, 3; Müslim, “Müsakat”, 94-95; Nesai, “Buyu”, 41.

³⁵⁸ Apaydın, “İne”, s. 286.

³⁵⁹ a.g.e., s. 285.

³⁶⁰ Türcan, *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, s. 243.

³⁶¹ Apaydın, “İne”, s. 285.

olarak satın aldığını ve bu durumda ondan 800 dirhem alacağı bulunduğunu söyler. Âişe de kınayıcı bir üslûpla bu işlemin hem kadın hem de Zeyd için kötü bir alım satım olduğunu ve Zeyd'in Hz. Peygamber'le yaptığı cihadı Allah'ın iptal ettiğini belirtir. Meydana gelen bu hadisede Hz. Âişe ile sahabe arasında ihtilaf söz konusudur.³⁶² Fakat İmam Şafii'ye göre; Hz. Peygamber'in ashabından birileri bir konu hakkında ihtilafa düşerlerse aslolan şey kıyasa en uygun olanı tercih etmektir. Bu sebeple Zeyd bin Erkam'ın görüşü daha isabetli bulunmaktadır. Çünkü Zeyd bin Erkam helal gördüğü şeklide alış-veriş yapmaktadır. Köleyi alarak kadına borçlanması ve veresiye aldığı malı peşin olarak bir başkasına satmasında bir sakınca bulunmamaktadır.³⁶³

Bahsi geçen deliller incelendiğinde denilebilir ki, îne akdi bir şarta bağlı olmaksızın kendi doğal seyri içerisinde yapıldığında meşru kabul edilmektedir. Ancak îne akdi faizi gizleme maksadıyla yaygınlaştırılır ve sistematik hale getirilirse faize ulaşma amacı aşikâr olduğundan işlem geçerliliğini yitirmiş olacaktır.³⁶⁴

7.2.2. Bey'ul-îneyi Meşru Görmeyenlerin Delilleri

İne akdini meşru kabul etmeyen Hanefi, Maliki ve Hanbeli mezhebinin bu konuyla alakalı olarak getirdikleri ilk delil, Hz. Peygamber'in. “ *Sizler ine alış-verişi yapar, sabahında peşine düşer öküzün kuyruğuna yapışmak suretiyle cihadı terk eder, ziraatla meşgul olursanız zillate düşersiniz. Düşmanlarınız sizlere galip gelir*” hadisi ve yine hadisin başka bir rivayeti olan “ *İnsanlar dinar-dirhem ile meşgul olur, ine alışverişi yaparlar ve öküzün kuyruğuna yapışarak Allah yolunda cihadı terk ederlerse Allah onlara bir bela indirir ve dinlerine dönünceye kadar da onu kaldırmaz.*”³⁶⁵ hadisidir.

Hanefi mezhebinde bir kimsenin sattığı ve teslim ettiği bir malı henüz parası kendisine ödenmeden sattığı fiyattan daha düşük bir fiyatla geri satın alması câiz görülmemektedir. Bunun en büyük gerekçesi ise; Hz. Âişe ile Zeyd bin Erkam arasında geçen hadisedir. Hz. Âişe'nin Zeyd bin Erkam'a “ *Çok kötü satış yapmışsın Zeyd'e söyle*

³⁶² a.yer.

³⁶³ Şafii, *el-Ümm*, s. 69.

³⁶⁴ Apaydın, “İne”, s. 285.

³⁶⁵ Ebu Davud, “Büyü”, 54; Müsned, II, 28, 84.

eğer tevbe etmezse Resullullah ile beraber yaptığı cihadı heba etmiştir.”³⁶⁶ sözü ve bahsi geçen akitte, faizin gizlenme ihtimali îne akdinin meşru olmadığına delili olmaktadır.

Hanbeli mezhebi âlimlerinden İbn Kayyım el-Cevziyye “Kim bir satımda iki satış yaparsa onun için ya iki satımdan düşük fiyatlı olanı ya da riba vardır.”³⁶⁷ hadisini delil kabul etmekte ve bu hadisle alakalı olarak iki yorum yapmaktadır. İlk yoruma göre hadis, biri peşin diğeri veresiye iki fiyat belirlenen alış verişi ifade etmektedir. Fakat bu yorum zayıf kabul edilmektedir. Çünkü bu durumda ne faiz ne de alım-satım vardır. Bu hadisede iki fiyatla bir satış söz konusudur. İkinci açıklamaya göre ise; kişinin veresiye sattığı bir malı peşin olarak daha ucuza satmasıdır. Hadisin işaret ettiği mana da budur. Burada maksat peşin olarak paranın ondan daha yüksek bir paraya veresiye olarak satılmasıdır. Bu ise faizli bir işlemdir.³⁶⁸

İbn Kayyım el-Cevziyye aynı zamandan îne akdini hiyel açısından ele almakta, tarafların meşru bir görüntü altında gayr-ı meşru bir neticeye ulaşmaya çalıştıklarını söyleyerek akdin caiz olmadığını ifade etmektedir.³⁶⁹ Bey’ul -înenin haram olduğu görüşünü savunan Hanbeli ve Maliki mezhebinin delillerinden bir diğeri de sedd-i zeraî ilkesidir. İne akdinde, hak olmayan paraya yani faize ulaşma çabası söz konusu olabildiğinden tarafların faize ulaşma zannı altında kalmamaları için bu muamele haram kabul edilmektedir.³⁷⁰

Her iki görüşün delilleri incelendiğinde, cumhur ulemanın bey’ul ineyi faiz yasağını aşmak ve faize ulaşmak için başvurulan bir yöntem olarak tanımladığı görülmektedir. Ashabın önde gelen müçtehitlerinden Enes bin Malik ve Abdullah bin Abbas da, îne akdinin faiz almak için ortaya konulan bir hile olduğunu, Allah ve Resulünün bu muameleyi haram kıldığını ifade etmektedir. Dolayısıyla îne akdini meşru kabul etmeyen mezhepler, bu işlemin dolaylı yoldan faize ulaşma ve İslam hukukunun ruhuna uygun olmama gerekçesini delil getirmektedirler.³⁷¹

³⁶⁶ Ebu Davud, “Buyu”,53.

³⁶⁷ Ebu Davud, “Buyu”,53

³⁶⁸ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 389.

³⁶⁹ Apaydın, “İne”, s. 285.

³⁷⁰ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 390.

³⁷¹ Apaydın, “İne”, s. 285.

7.3. TEVERRUK

İslam hukukunda hile-i şer'iyye örneklerinden biri de teverruk işlemidir. Teverruk, bey'ül-ine ile benzeyen ve ayrılan yönleri olan, geçmişten beri tanınan ve uygulanan finansal bir yöntemdir. Sözlükte, “*hayr, mal, kum rengi ve gümüş*” anlamına gelmekte aynı zamanda “*darip edilmemiş gümüş*” manasında da kullanılmaktadır. Önceleri sadece gümüş para talebini ifade ederken daha sonra altın ve kâğıt para talebini de karşılamıştır.³⁷²

Fıkhi terim olarak ise; “*nakit para elde etmek için bir malı vade ile alıp bunu satıcıdan bir başkasına alış fiyatından daha düşük peşin bir fiyata satmak*”³⁷³ manasına gelmektedir. Bu işlem genellikle, paraya ihtiyacı olan kişinin borç para alacağı birini bulamaması halinde, birisinden-maksadı mala sahip olmak olmadığı halde- veresiye bir mal satın alıp, aldığı kişiden başkasına daha ucuza peşin olarak satması şeklinde gerçekleşmektedir.³⁷⁴

Teverruk akdî ilişki açısından, teverruku talep eden kişi, (ilk müşteri ve ikinci satıcı, müteverruk/müstevrik), ilk satıcı ve ikinci müşteri olmak üzere üç taraflı bir işlemidir. Hanbelî kaynaklarında bir terim olarak geçen teverruk, diğer mezheplerde “*bey'ul-îne*” kapsamında değerlendirilmektedir.³⁷⁵ Ancak teverruk uygulamasının bey'ul-ine ile arasındaki küçük bir fark bulunmakta, satılan mal ilk satıcısına dönerse “*îne akdi*”, eğer sahibine dönmez bir başkasına satılırsa “*teverruk akdi*” olarak tanımlanmaktadır. Kesiştikleri nokta ise; malın veresiye olarak alındığı fiyattan daha ucuza, peşin olarak satılması ve ihtiyaç duyulan paranın elde edilmesidir.³⁷⁶

İslam hukukçularının çoğunluğu teverruk akdinin caiz olduğu konusunda ittifak etmektedirler. Bu konuyla alakalı olarak da “*Allah alış verişi helal, ribayı haram kıldı*”³⁷⁷ ayetini ve Hz. Peygamber'in “*Adi hurmayı sat onun parasıyla iyi hurma satın al*”³⁷⁸ hadisini delil getirmektedirler. Çünkü bu işlemde faiz maksadı ve faiz şekli yoktur. Fakat Emevî halifesi Ömer bin Abdülaziz, teverruk uygulamasını faizin kardeşi olarak görmekte ve uygulamaya karşı çıkmaktadır. Ahmed bin Hanbel ise; teverruk

³⁷² İsmail Cebeci, “Teverruk”, İstanbul: TDV İslam Araştırmaları Merkezi, 2016, c. EK-2, s. 601.

³⁷³ a.yer.

³⁷⁴ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 392.

³⁷⁵ Cebeci, “Teverruk”, ss. 601-2.

³⁷⁶ İbn Teymiyye, *İkametü'd-delil ala ibtali't-tahlil (el-Fetava'l-Kübra 3.cilt içerisinde)*, ss. 137-38.

³⁷⁷ Bakara 2/275

³⁷⁸ Buhari “İ'tisam”, 20;“Buyu”, 89; Müslim, “Müsakat”,94-95.

uygulamasıyla alakalı olarak, bir olumlu bir de olumsuz yorum nakledilmekte, İmam Muhammed, İbn Teymiyye ve İbn Kayyim el-Cevziyye ise; teverrukun mekruh olduğunu dile getirmektedir.³⁷⁹

Teverruk uygulamasının haram ve mekruh olduğu görüşünü savunanların konuyla alakalı getirdikleri ilk delil ise; “ *Aranızdaki iyiliği unutmayın*”³⁸⁰ ayetidir. Allah-u Teâla, Müslümanların birbirlerini korumaları ve yardımlaşmaları gerektiğini bahsi geçen ayetle hatırlatmaktadır. Darda kalan bir kimseye faizsiz borç vermek yerine teverruk işlemi uygulamak, İslam hukukunun ruhuna aykırı olarak görülmektedir. Hz. Peygamber’in, darda kalan kimsenin durumundan istifade ederek alış- veriş yapmayı, meçhul alış-verişi ve olgunlaşmadan önce meyve satışını yasaklaması da bunu destekleyen bir delil olmaktadır.³⁸¹

Konuyla alakalı getirilen diğer bir delil ise; Hz. Ali ‘nin “*İnsanlara ısıracı bir zaman gelecektir. Zenginler ellerinde bulundurdukları mallarıyla insanları ısıracaklardır.*”sözüdür. Teverruk, bir yerde zengin kimsenin ihtiyaç sahibi kişiye faizsiz borç vermemesinin zorunlu sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. İslam zengin kimseyi faizsiz borç verme konusunda teşvik etmektedir ancak teverruk muamelesi, bu tavsiyenin önüne geçmektedir.³⁸²

Teverruk uygulamasının caiz olduğu görüşünü savunanların da konuyla alakalı öne sürdükleri bazı görüşler bulunmaktadır. Onlar bir malı satın alan kişinin amacının, iki şey olabileceğini ileri sürmektedirler Bu maksatların ilki, ya alınan maldan ya da onun kıymetinden istifade etmek olmaktadır. Bu iki maksatta sahih kabul edilmekte bu sebeple her iki akitte geçerli olmaktadır.³⁸³

Delil kabul edilen ikinci unsur ise; bey akdinin rükün unsurlarının tamamlanmış olmasıdır. Müşterinin maksadı malı elde etmek olduğundan almış olduğu malı satmasında herhangi bir sakınca olmamaktadır.³⁸⁴ Çünkü bey’ul-inenin haram kılınmasının sebeplerinden birisi de aynı mal üzerinden haksız bir fazlalığının geri dönmesidir. Teverruk uygulamasında ise böyle bir durum söz konusu olmamaktadır.

³⁷⁹ İbn Teymiyye, *İkametü’ d-delil ala ibtali’ t-tahlil* (*el-Fetava’ l-Kübra 3.cilt içerisinde*), ss. 137-38.

³⁸⁰ Bakara 2/237.

³⁸¹ Ebu Davud, “Buyu”, 25; Müsned, I, 116.

³⁸² İbn Teymiyye, *İkametü’ d-delil ala ibtali’ t-tahlil* (*el-Fetava’ l-Kübra 3.cilt içerisinde*), ss. 137-38.

³⁸³ Eser, “İslam Hukuku Açısından Hilenin Meşruiyeti (İslami Finans Kurumları Örneği)”, s. 244.

³⁸⁴ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 393.

Şeyh Muhammed b. Salih el-Useymin'e göre ise; teverruk uygulaması belli şartlar altında caizdir. Bu şartlar, borç veren kimselerin sayılarının az olması ve insanların ihtiyaçlarının fazla olması, karz ve selem gibi mübah yollarla mala ulaşmanın mümkün olmaması, akdin faize benzeyen bir şeklinin olmaması, malı satın alan kişinin malı aldıktan sonra satması şeklinde sıralanmaktadır. Şartların mevcut olması halinde insanları darlıktan kurtaran bir muamele olması dolayısıyla teverruk caiz kabul edilmektedir.³⁸⁵

7.4. ZEKÂTLA İLGİLİ HİLELER

Zekât, nisap miktarı malı olan zengin Müslüman kimseler için emredilen, İslam'ın önem verdiği mali bir ibadettir. Allah-u Teâlâ "*Sadakalar (zekâtlar), Allah'tan bir farz olarak ancak fakirler, düşkünler, zekât toplayan memurlar, kalpleri İslâm'a ısındırılacak olanlarla (özgürlüğüne kavuşturulacak) köleler, borçlular, Allah yolunda cihat edenler ve yolda kalmış yolcular içindir. Allah, hakkıyla bilendir, hüküm ve hikmet sahibidir.*"³⁸⁶ ayetiyle bahsi geçen sekiz sınıf insana, taksim edilen zekat payını haber vermektedir. Zekât ibadetinin mali olması, insanları mallarının eksilmesi vehmine düşürmekte bu sebeple zekât vermek istemeyen kimseler, zekât ibadetini yapmamak için hileli yollara başvurmaktadır.³⁸⁷

Emeviler döneminde devletin ekonomiyle alakalı adaletsiz politikasından sıkılan halk, zekât memurlarına zekâtlarını teslim etmemek için ihtiyaç sahibi kimselere kendileri ulaşarak zekâtlarını vermişler ya da toplanan zekâtların ihtiyaç sahiplerine ulaştığından emin olmadıklarında mallarını gizleme yoluna gitmişlerdir.³⁸⁸ Maverdi zorba ve adaletsiz zekât memuruna zekâtı teslim etmemeye cevaz vermektedir.³⁸⁹ Ekonominin ve siyasetin neden olduğu hileli muamelelerin dışında emredilen ibadetin açıktan açığa ihlal edilememesi halkı farklı hileler yoluna da sevk etmektedir.³⁹⁰ Zekâtla ilgili başvurulan hileli yollardan diğeri ise; nisap miktarı malı olan kimsenin malını, zekât vereceği zaman gelmeden önce bir başkasına hibe etmesi şeklinde yapılmaktadır.

³⁸⁵ Eser, "İslam Hukuku Açısından Hilenin Meşruiyeti (İslami Finans Kurumları Örneği)", s. 245.

³⁸⁶ Tevbe 9/60.

³⁸⁷ Mehmet Erkal, Mahmut Salihoğlu, "Zekât", İstanbul: TDV İslam Araştırmaları Merkezi, 2013, s. 197.

³⁸⁸ Aksu, "Emeviler Döneminde Sosyal Tabakalar", s. 77.

³⁸⁹ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 176.

³⁹⁰ Aksu, "Emeviler Döneminde Sosyal Tabakalar", s. 75.

Bu işlem şeklen kusursuz bir sadaka örneğidir. Ancak maksat zekâtтан kaçmak olduğundan Allah'ın emri ihlal edilmektedir.³⁹¹

Zekâtı düşürmek için başvurulmuş diğer bir hile ise ayrı olan malların bir araya toplanması yahut bir arada olan malların dağıtılması şeklindedir.³⁹² İslam'da koyun-keçi zekât nisabı “40-120 koyun arası 1 koyun ya da keçi; 121-200 arası, 2 koyun- keçi; 201-399 arası 3 koyun ya da keçi; 400-499 arası, 4 koyun ya da keçi”³⁹³ şeklinde düzenlenmiştir. Tasnif bu şekilde olduğundan 60 koyunu olan kişi 1 koyun ya da keçi vermekle mükelleftir. 60 koyun sahibi olan kişi zekât mükellefiyetini düşürebilmek için hayvanlarını 30'ar şekilde ikiye ayırması 40'ar koyuna sahip olan iki kişinin 2 koyun yerine 1 tane koyun zekât verebilmek için mallarını birleştirmeleri İslam hukuk kaidelerine karşı hile teşkil etmektedir.³⁹⁴

Hiz. Peygamber'in: “Zekât korkusuyla ayrı olan mallar bir araya toplanmaz, toplu olanlar da dağıtılmaz”³⁹⁵ hadisinin ifade ettiği mana konusunda İslam âlimlerinin farklı görüşleri bulunmaktadır. İmam Azam Ebu Hanife'ye göre; hadisin muhatabı zekât toplamakla görevli kimselerdir. Hadisin muhatabı olan bu kişilerin, zekât toplayabilmek için 20'şer koyunu olan 2 kişinin mallarını bir araya toplayarak zekât almasının ve 120 adet koyunu olan bir kişinin mallarından 3 adet zekât alabilmek için mallarını 3 parçaya bölmelerinin yasaklandığı bildirilmektedir.³⁹⁶

İmam Malik'e göre ise hadisin ifadesi şudur: “Üç kişiden her birinin 40'ar adet koyunu bulunduğu her birine birer adet zekât düşmektedir. Fakat 120 adet koyun bir kişide olmuş olsa 1 adet koyun zekât verileceğinden mallar bir araya toplanmaktadır. Hadis ise zekât toplayanları değil de mal sahiplerini muhatap alarak bu tür hileleri yasaklamaktadır.³⁹⁷ Buna göre hadis sayılar itibariyle zekâtı gerektiren malların dağıtılması ve toplanması örneğini içeren her türlü durumu yasaklamaktadır”.³⁹⁸ İmam Şafii ve Ahmed bin Hanbel'e göre ise; hadisin muhatabı bir açıdan mal sahibi, diğer

³⁹¹ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 119.

³⁹² Serahsi, *el-Mebcut*, s. 182.

³⁹³ a.yer.

³⁹⁴ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 402.

³⁹⁵ Buhari, “Zekât”, 34; “Hiyel”, 3; Nesai, “Zekât”, 5,10,12; İbn Mace, “Zekât”, 11,13; Darimi, “Zekât”, 8; Müsned, II,15.

³⁹⁶ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 402.

³⁹⁷ a.yer.

³⁹⁸ a.yer.

açından ise zekât toplayan memurdur. Bu hadisle her iki grup için de zekâtı çoğaltmak maksadıyla malları ayırmak yahut da zekâttan kaçınmak maksadıyla malları bir araya getirmek ve bunun için herhangi bir hileye başvurmak yasaklanmıştır.³⁹⁹

Zekâtı düşürmek maksadıyla hileli muamelelere başvurmak İmam Malik'e ve Hanbeli mezhebine göre caiz değildir. Mükellefin zekâtı düşürmek için hileye başvurduğu tespit edilirse hileye başvuran kimse için zekâtın gerekliliğine karar verilmektedir.⁴⁰⁰ Şafii mezhebinde ise bu konuda ihtilaf bulunmaktadır. Zekât malının üzerinden bir yıl geçmesi şartına mübadele ve olgunlaşmadan önce meyve satışı gibi ihtiyaca dayalı nedenlerden dolayı engel olmakla, zekâttan kaçınmak için bir hileye başvurmak arasında bir fark bulunmamaktadır. Şafiiler'e göre iki durumda da havalenü'l-havl ortadan kalkmaktadır. Böylelikle zekât gerekmemektedir. Ancak yalnızca zekâttan kaçınmak için böyle hileli bir yola başvurulması, tenzihen mekruh kabul edilmektedir.⁴⁰¹

Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'in ise; zekâtı düşürmek için hileye başvurma noktasında farklı görüşleri bulunmaktadır. Ebu Yusuf'un hile ile zekâtın düşürülmesi konusunda cevaz verdiği, İmam Muhammed'in ise; bu konuya itiraz ettiği nakledilmektedir.⁴⁰² Ebu Yusuf'un nisap miktarı malın üzerinden bir yıl geçmeden, o maldan bir başkasına sadaka verilmesini caiz görmesi, kendisi hakkında hileye cevaz verdiği iddialarını ortaya çıkarmıştır. Ancak Ebu Yusuf'un kast ettiği durum, hile maksadı taşımayan yani zekâttan kaçınmak için verilmiş olan bir sadaka değildir. Bununla birlikte Ebu Yusuf, Allah'a ve ahiret gününe iman eden kimsenin şartlar ne olursa olsun hileye başvurarak zekâta engel olmasının haram olduğunu belirterek bu konudaki görüşünü ifade etmektedir. Ebu Hanife de, sadakayı amaçlamayan ve hile kastı bulunan tüm muameleleri, mekruh kabul etmektedir.⁴⁰³

³⁹⁹ a.yer.

⁴⁰⁰ İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lamü'l muvakkı'in an Rabbi'l-alemin*, c. 1-4, s. 246.

⁴⁰¹ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 404.

⁴⁰² Serahsi, *el-Mebcut*, s. 240.

⁴⁰³ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 405.

Zekâtın düşürülmesi maksadıyla doğrudan ve dolaylı yollarla hileli muamelelere başvurmak, İslam Hukuk doktrininde kabul edilmemektedir. Ancak Emeviler ve Abbasiler dönemlerinde olduğu gibi, zaruri haller istisna edilmektedir.⁴⁰⁴

7.5. ŞÜF'Â HAKKINI DÜŞÜRMEK İÇİN BAŞVURULAN HİLELER

Şüf'a sözlükte; *"ilâve etme ve birleştirme"*⁴⁰⁵ fıkıhi terimi olarak ise *"satılan bir gayr-ı menkulü veya gayr-ı menkul hükmünde olan bir yeri müşteriye malolan bedelle müşteri veya satıcısından alıp mülkiyetine geçirmek"*⁴⁰⁶ şeklinde tanımlanmaktadır. Şüf'â hakkı ise; *"satılan gayr-ı menkulü bu hakka sahip olana cebren satın alma izni vermek"*⁴⁰⁷ olarak tanımlanmaktadır. Şüf'a hakkına sahip olanlar, satılan gayr-ı menkule ortak olanlar (şerik), satılan gayr-ı menkulün irtifak haklarında ortak olanlar (halit) ve satılan gayr-ı menkule komşu olanlar(car-ı mulasik) şeklinde bir sıralamaya tabi olmaktadır. Satılan gayr-ı menkulde ön alım hakkı, şerik, halit ve car-ı mulasik olarak şekillenmektedir.⁴⁰⁸ Terimle alakalı olarak etimolojik yorumlar yapıldığında şüf'a hakkını kullanan kişinin malında bir artış olması, komşuya ön alım hakkı tanınması, kelimenin kökünde bulunan yardımlaşma, artma manalarıyla ilişkilendirilmektedir.⁴⁰⁹ Ön alım hakkında bir sıralamanın bulunması, gayr-ı menkulü satın alan yabancından gelebilecek muhtemel zararın ve rahatsızlıkların önlenmesi sebebiyledir. Bu hakla, İslam'da oldukça önem verilen komşuluk hakkı gözetilmiş olmakta ve hissesini satmayan ortağa, satan kimsenin payı da eklenerek gayr-ı menkulün tamamına sahip olma imkânı sağlanmaktadır.⁴¹⁰

Şüf'a hakkının cahiliye devrinde bazı uygulamaları bulunmakla birlikte kanuni bir müessese olarak ilk kez Hz. Peygamber döneminde şekillenmektedir. Bazı eserlerde şüf'anın meşruiyetinin sünnet delili yanında icmâ ile de sabit olduğu belirtilmektedir.⁴¹¹ Şüf'a hakkı, fakihlerin ittifakıyla hukuken meşru bir hak olarak kabul edilmekte fakat dini olarak belli şartlara tabii tutulmaktadır. Örneğin; bu hakkın normal şartlarda kullanılmaması daha faziletli kabul edilmiş, şefiin çok ihtiyaç duyması ve karşı taraftan

⁴⁰⁴ Delice, "Asr-ı Saadet, Hulefa-i Raşidin ve Emeviler Döneminde Fikir Hürriyeti Konusunda Bazı Mülâhazalar", s. 68.

⁴⁰⁵ Dönmez, "Şüf'a", t.y., s. 248.

⁴⁰⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, c. 1-3, s. 92.

⁴⁰⁷ a.yer.

⁴⁰⁸ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 395.

⁴⁰⁹ Dönmez, "Şüf'a", t.y., s. 248.

⁴¹⁰ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, c. 1-3, s. 93.

⁴¹¹ Dönmez, "Şüf'a", t.y., s. 248.

bir zararın gelmesi ihtimali gibi zaruri durumlarda ise uygulanmasının vacip kabul edileceği belirtilmiştir.⁴¹²

Şüf'a hakkına sahip olan kimselerin satın alma haklarının sabit olabilmesi için şüf'a hakkının mevzuu (meşfu) ve satılan malın(meşfun bih) gayrı menkul olması gerekmektedir. Meşfu, sahibinin mülkiyetinden tam olarak çıkmış olmalı ve ivazlı olarak aktarılmış olmalıdır. Şüf'a gerçekleşinceye kadar söz konusu olan gayr-ı menkul şefii mülkiyetinde bulunmalı ve şefii bu malın satımına razı olmamalıdır. Şufa hakkına dayanarak satılan gayrı menkulü geciktirmeden talep etmeli ve talebini onaylayacak şahit tutarak hâkime başvurmalıdır.⁴¹³

Şüf'a hakkı, zayıf bir hak olarak kabul edilmektedir ve bu hakkın ortadan kalkmasına sebep olacak belli tasarruflar bulunmaktadır. İlk olarak şüf'a hakkına sahip olan kişinin kendi isteği ve iradesi ile bu haktan vazgeçmesi kişinin üzerindeki hakkı düşürmektedir. Aynı zamanda şef'i'in işareti ile anlaşılabilen iradesiyle ve kendisiyle başka bir hak karşılığında anlaşılmasıyla da şüf'a hakkı düşmüş olacaktır.⁴¹⁴ Bu nedenlere ek olarak, şüf'a hakkına sahip olan kişinin diğer şef'iler için kendi hakkından vazgeçmesi, şef'i'nin gizli olarak ya da açıktan açığa gelen başka müşteriye razı olması, sahip olduğu ön alım hakkını hiç talep etmemesi ya da hakkını zaman aşımına uğratması gibi nedenler de hakkın düşmesi sebeplerine örnek olarak gösterilebilmektedir.⁴¹⁵ Hanefi mezhebine göre ise, bu nedenlere ilave olarak talepten sonra dahi olsa, şef'i'in ölmesi veya şef'i'in, hakkı olan malın tamamını değil de bir kısmını talep etmesi, şüf'a hakkını düşüren nedenlerden sayılmaktadır.⁴¹⁶

Fıkıh tarihi incelendiğinde şüf'a hakkının düşürülmesinin hukukun şekli yapısına uygun olduğu görülmektedir. Ancak şüf'a hakkının yardımlaşma, komşu hakkını gözetme ve gelebilecek herhangi bir sıkıntıyı ortadan kaldırma ve benzeri amaçları dışında kullanılması, belli başlı hilelere neden olmaktadır.⁴¹⁷ Şüf'a hakkını ortadan kaldırmak için başvuru hilelere örnek olarak şunlar gösterilebilmektedir.

⁴¹² a.yer.

⁴¹³ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 394.

⁴¹⁴ Dönmez, "Şüf'a", t.y., s. 250.

⁴¹⁵ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, c. 1-3, ss. 103-4.

⁴¹⁶ a.g.e., c. 1-3, s. 104.

⁴¹⁷ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 395.

İlk olarak; Bir adam ev satın almak istemekte fakat eve komşuluğundan dolayı şüf'a hakkı bulunan yakın komşunun onu almasından da çekinmektedir. Bu durumda yakın komşunun evi almaması için satıcı kişi evdeki odalardan birini irtifak hakkı da beraberinde olarak satın almak isteyen kişiye sadaka olarak vermekte sonra da müşteri evin kalan kısmını satın almaktadır. Böylelikle yakın komşunun şüf'a hakkı düşürülmüş olmaktadır.⁴¹⁸ Diğer bir örnekte ise; müşteri bir taşınmaz malı miktarı belli olmayan toplu bir para karşılığında satın almakta satıcı da parayı aldıktan sonra parayı boşa harcayarak şüf'a hakkı düşürmüş olmaktadır.⁴¹⁹ Hukuki tasarrufların geçerli sayılabilmesi için akde konu olan işlemle alakalı olarak herhangi bir belirsizliğin bulunmaması gerekmektedir. Satım akdinde de şüf'a hakkının oluşabilmesi için bedelin belli olması şarttır. Miktarı belli olmayan bir para ile alış-veriş yapmak şüf'a hakkını ortadan kaldırmaktadır.⁴²⁰

Mal sahibinin komşunun şüf'a hakkını ortadan kaldırmak için başvurduğu hileli diğer bir yöntem ise; mal sahibinin duvar boyunca satacağı akardan şef'inin akarına bitişik olan kısmı ayırmak suretiyle malı alacak müşteriye hibe etmesi şeklinde uygulanmaktadır. Böylelikle şüf'a hakkına sebep olan komşuluk yani bitişiklik ortadan kalkacak yapılan bu hile ile car-ı mulasık'ın şüf'a hakkı düşürülmüş olacaktır.⁴²¹ Şüf'a hakkını düşmesine neden olan diğer yöntem ise; gayri menkulü ve gayri menkulün üzerinde bulunduğu arsayı ayrı ayrı satmaktır. Gayr-ı menkulün sahibi olan şahıs önce evi daha sonra da arazide bulunan ağaçları cüzi bir miktarda satıp, en son gayr-ı menkulün üzerinde bulunduğu arsayı yüksek bir fiyatta satar. Evin ve ağaçların arsadan bağımsız olarak satılmış olması, ev ve ağaçlar üzerinden bir şüf'a hakkı doğurmadığından yüksek fiyattan satılan arsa için mevcut olan şüf'a hakkı da tercih edilmemekte fiyatın yüksek olması nedeniyle genellikle satın alınmamaktadır.⁴²²

Şüf'a hakkının düşürülmesiyle alakalı olarak mezhep imamları farklı görüşlere sahiptir. İlk olarak bu hususta Hanefi mezhebi imamlarının ihtilaf ettikleri konulara değinilecektir. Şüf'a hakkı ile alakalı olarak Hanefi mezhebinin iki büyük imamı olan İmam Ebu Yusuf ve İmam Muhammed görüş ayrılığı yaşamaktadır. Ebu Yusuf, kişinin

⁴¹⁸ Semerkandi, *Cennetü'l ahkam ve cennetü'l-hisam fi'l-hiyel ve'l-meharic*, s. 80.

⁴¹⁹ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 395.

⁴²⁰ Mecelle, md.1025.

⁴²¹ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 397.

⁴²² a.yer.

şüf'a hakkı sabit olmadan önce hileye başvurmak suretiyle bu hakkın düşürülmesi hususunu mekruh değildir şeklinde hükme bağlamaktadır. Ancak kişinin şüf'a hakkı sabit olduktan sonra bu hakkın hileyle düşürülmesinin mekruh olduğu noktasında cumhur ulema ile aynı görüştedir.⁴²³ Bu durum aslında malı satmaya karar veren gayr-ı menkul sahibinin, şüf'a hakkına sebep olan unsuru hile ile ortadan kaldırması olarak izah edilebilir.

Şüf'a hakkına riayet etmenin temel gerekliliğinden birisi mala talip olan müşteriden gelebilecek muhtemel zararı önlemek olduğundan, şüf'a hakkına sahip olan kimsenin komşuluk münasebetiyle mevcut hakkını başkasına sunmak hak sahibine eziyet olacaktır. Fakat komşunun satılan bu yere muhtaç olmaması durumunda İmam Ebu Yusuf, şüf'a hakkının düşürülmesini “mekruh değildir” şeklinde hükme bağlamaktadır.⁴²⁴ Ebu Yusuf'un görüşüne göre şufa hakkı sabit olmadan önce bu hakkı düşürmek için hileye başvuran kimse, kendisine gelecek olan zararı ortadan kaldırmak maksadıyla yapmaktadır. Şüf'a hakkına sahip olan kişi, bu malı, asıl mal sahibinin rızası olmadan almakta olduğundan ve kişiyi kendi malı üzerinde kısıtlı bir tasarrufa zorladığından mal sahibi için zarar olmaktadır. Bu sebeple mal sahibinin şüf'a hakkı sabit olmadan malı satması ya da hibe etmesi mekruh görülmemektedir.⁴²⁵

İmam Muhammed'e göre ise; şüf'a hakkını düşürmek maksadıyla hileye başvurmak tahrimen mekruh hükmüne bağlanmaktadır. Fıkıh kitaplarında İmam Muhammed'in görüşünden bahsederken “*kerahet şedide*” yahut “*eşeddü'l- kerahet*” şeklinde ibareler kullanılmaktadır.⁴²⁶ İmam Muhammed'e göre; şüf'a hakkını düşürülmesi için hileye başvurulması hak sahibine zarar vereceğinden, bu hakkın tamamen ortadan kaldırılması ve doğrudan doğruya şüf'a kapısının kapamasına neden olacağından tahrimen mekruh kabul edilmektedir. Fakat Hanefiler'in çoğunluğu İmam Ebu Yusuf'a uyararak bir hakkın iptali söz konusu olmadığından hile yoluna gitmenin caiz olduğu görüşünü benimsemektedir.⁴²⁷

Şafii mezhebine mensup bazı âlimler ise; şüf'a hakkını ortadan kaldırmak amacıyla hileye başvurma'nın belli şartlar dâhilinde mübah olduğunu ifade

⁴²³ Ebu'l-Leys Semerkandi, en-Nevazil, s. 358.

⁴²⁴ Köse, Kanuna Karşı Hile, s. 398.

⁴²⁵ a.yer.

⁴²⁶ Serahsi, *el-Mebsut*, s. 240.

⁴²⁷ a.yer; Köse, Kanuna Karşı Hile, s. 399.

etmektedirler. Fakat bu her durum için söz konusu olmamakta konu ile alakalı ayrıntılar hüküm konusunda belirleyici olmaktadır.⁴²⁸ Örneğin; hileye müşteri tarafından başvurulması durumunda, müşteri satılan malı gerçekten bir bedelle almak istiyor ve hukuki bir yöntemle gelebilecek zararı def edebiliyorsa hileye başvurmak caiz kabul edilmektedir. Fakat satıcının amacı sadece malını satıp, kazanacağı paraya ulaşmaksa bu durumda satıcının şüf'a hakkını hileye başvurmak suretiyle düşürmeye gayret etmesi mekruh hükmündedir.⁴²⁹

Şüf'a hakkı bu hakka sahip olan kimsenin satılan gayri menkulü alıp almama konusunda kararsız kalması dahi kişinin sahip olduğu hakkın düşmesine sebebiyet veren zayıf bir hak olarak algılanıyorsa da⁴³⁰ bu hakkın korunması Hz. Peygamber'in önemle üzerinde durduğu bir konu olmaktadır. Bu hususla ilgili olarak Hz. *Peygamber*; "*Kimin bir bahçesi veya arazisi olursa bunu ortağına teklif etmedikçe satmasın*"⁴³¹ , "*Çünkü şufa hakkına sahiptir*"⁴³² ve "*Komşu komşunun malına en fazla hak sahibidir. Gaip bile olsa beklenir.*"⁴³³ hadisleriyle komşu hakkının ne denli mühim olduğunu ve İslam'ın bu konuya ne kadar önem verdiğini izah etmiş olmaktadır. Bu nedenle şufa hakkının sabit olmasından önce hakkı düşürmek maksadıyla hileye başvurulması İslam Hukukunun ruhuna ve normlarına aykırı bir tutum olarak değerlendirilmektedir.

7.6. HAKKINDA HİLEYE BAŞVURULAN DİĞER ÖRNEKLER

İslam hukukunda hile-i şer'iyeye başvuru bir çok konu bulunmaktadır. Hülle, bey'ul-îne, teverruk, zekâtın iskatı ve şüf'a hakkının iskatı hakkında en fazla görüş bildirilen önemli konulardandır. Bunların dışında ibadetler, ceza hukuku ve sosyal hayatı ilgilendiren diğer konularda da hile-i şer'iyeye başvurulmaktadır. İbadetler konusunda başvuru hileye ilk örnek olarak teyemmüm hadisesi gösterilebilir. Bir yolcunun biri necis diğeri temiz iki kap suyu bulunduğu bir kısım âlime göre namaz için temiz su araştırması caiz değildir. Su, abdest için yeterli olmayacağından kişinin

⁴²⁸ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 400.

⁴²⁹ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 400.

⁴³⁰ Ahmed el-Fehmi Ebu Sünne, *el-Örf ve'l ade fi re'y'il-fukaha*, Kahire, 1947, s. 80.

⁴³¹ Müslim, "Müsakat", 135; Tirmizi, "Büyu", 69; Nesai, "Büyu", 107; İbn Mace, "Şufa", 1; Müsned, III, 307,310,312,357, 397.

⁴³² Tirmizi, "Ahkâm",34.

⁴³³ Tirmizi, "Ahkâm", 32, İbn Mace, "Şufa",2.

teyemmüm alarak namazını kılması gerekmektedir. Ancak diğer bir görüşe göre; kişinin hem beklemesi hem de teyemmüm yapması caiz kabul edilmektedir.⁴³⁴

İmam Şafii'ye göre ise; temiz su az ise taharri caizdir. Fakat burada tedbirli davranmak isteyen kişi için hile şudur: Eğer kişi temiz suyun az da olsa mevcut olması durumunu teyemmüme engel olarak görüyorsa ve susuzluktan da çekiniyorsa, yapması gereken temiz suyu ya tamamen dökmek ya da temiz ve kirli suyu karıştırıp tamamı kirli bir su elde etmektir. Böylelikle temiz suyun yokluğu, teyemmümü ittifakla caiz kılacaktır.⁴³⁵

Cemaatle namaz kıldığını zanneden ancak tek başına namaz kıldığını kendisi üçüncü rekâttayken, müezzinin getirdiği kâmetle anlayan kişi ne kıldığı namazdan ne de cemaat sevabından vazgeçmediğinde bazı âlimler bu durumla alakalı olarak namazı kılan kişinin dördüncü rekâta selam vermeyip namazı altı rekâta tamamlaması gerektiğini söylemektedir. Ancak İmam Azam Ebu Hanife ve talebesi Ebu Yusuf'a göre; kişinin kıldığı namaz nafıleye dönüşmekte ve kişinin imamla farzı eda etmesi gerekmektedir.⁴³⁶ Diğer bir hile örneğinde ise; Sabah namazına camiye gelen kişi sünneti kıldığında, cemaatin kıldığı farza yetişemeyeceğinden endişe ederse sünneti bırakıp imamla birlikte farzı kılması caiz kabul edilmektedir. İmam Muhammed'e göre bu şahıs güneş doğduktan sonra sünneti kaza edebilecektir. Ancak farzı kıldıktan sonra güneş doğmadan önce sünneti kılabilmesi için önce sünnet namazını kılmaya başlayıp daha sonra namazı bozarak imama uyması gerekmektedir. Böylelikle namaz bitince sünneti kılabilir. Bu mekruh değildir. Nitekim başladığı namazı bozması onun yeniden iade edilmesi gerekliliğini doğurmaktadır. Güneş doğmadan borç namazın kaza edilmesi mekruh değildir. Ancak bu durum süreklilik arz ederse mekruh hükmünde kabul edilmektedir.⁴³⁷

Bir başka bir hile örneğinde; yoksul birinde alacağı olan zengin bir adamın, alacağı parayı zekât yerine saydırmak istemesi durumunda başvurması gereken hile ne olmalıdır? sorusuna bir kısım âlimler; bu şahıs alacağı kadar malı zekât olarak yoksul kişiye verir, muhatabı da onu teslim alıp, tekrar borcuna karşılık olarak geri verirse, bu işlem caiz kabul edilmektedir. Bu durumla alakalı olarak İmam Muhammed; bunun bir

⁴³⁴ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 408.

⁴³⁵ a.yer.

⁴³⁶ a.g.e., ss. 408-9; Köse, "Hiyel", s. 175.

⁴³⁷ Alim b. Ala Fahrudin, *Fetava't-Tatarhaniyye*, İsmihan Sultan Nşr, t.y., c. 1-2, s. 235.

başkasına zekât vermekten daha faziletli olduğunu söylemektedir.⁴³⁸ İmam Muhammed'in tavsiye etmiş olduğu yol, hem borçluyu borcundan kurtarıp hem de zekât verecek kimsenin ihtiyacını karşıladığından İslam Hukuk Doktrinine oldukça uygun bir yoldur. Nitekim külli kaidelerde de meşakkatli işlerin kolaylaştırılması tavsiye edilmektedir.⁴³⁹

Maddi varlığı yerinde olmayan bir adam anne ya da babasının fidye borçlarını ödemek istediğinde başvuracağı çıkış yolu ise; Adamın fidyeyi bir fakire verip daha sonra kendisine iade edilmesini istemesi ve daha sonra yeniden o yoksul kişiye o parayı vermesiyle mümkün olmaktadır. Bu işlem fidyenin miktarı tamamlanıncaya kadar devam etmektedir.⁴⁴⁰ Diğer bir örnekte de ramazan ayı boyunca oruç tutmayacağına dair üç talak üzerine yemin eden kimsenin yeminini bozmaması için başvuracağı hile, kişinin sefere çıkması ve o müddet içinde de oruç tutmaması şeklindedir.⁴⁴¹

Örnekler incelendiğinde cevaz verilen hilelerinin kanun koyucunun otoritesine karşı olmayan hileler olduğu dikkat çekmektedir. Sosyal hayatı kolaylaştıran, İslam Hukuk kaidelerine aykırı olmayan, gayr-ı meşru neticelere götürmeyen ve belli sınırları olan çıkış yollarına cevaz verildiği görülmektedir.

⁴³⁸ a.g.e., C. 1-2, ss. 234-35.

⁴³⁹ Saffet Köse, *İslam Hukukuna Giriş*, İstanbul: Hikmetevi Yayınevi, 2015, s. 277.

⁴⁴⁰ Fahrüddin, *Fetava't-Tatarhaniyye*, c. 1-2, s. 424.

⁴⁴¹ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 409.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSLAM HUKUKUNDA FORMALİZM VE

ÖRNEK HİLE-İ ŞER'İYYE UYGULAMALARINDA

FORMALİZM

1. İSLAM HUKUKUNDA FORMALİZM

Kaynağı vahye dayanan bir sistemde, formalizm oldukça dikkat çeken bir konu olmaktadır. Anlam itibariyle “açıklama ya da değer biçmenin anlamlı ve nihai temeli olarak formun önemini vurgulayan ve form fikrini içerikten çok üste tutan anlayış”⁴⁴² gibi farklı şekillerde tanımlanan bu kavram, İslam Hukuk normları boyutunda da hukuki düzene ait belirli sınırlar içermek manalarına gelmekte, aynı zamanda adaleti tesis etmek ve toplumsal düzeni sağlamak amaçlarına da hizmet etmektedir.⁴⁴³ Olması gerekene yönelik davranış kuralları olarak nitelendirilen İslam Hukuk normları, bu özelliğiyle biçimsel kurallar bütününe denk gelmektedir.⁴⁴⁴ Ancak bir normun hukuki olabilmesi için gözetilen belli geçerlilik şartları bulunmakta zira herhangi bir norm, hukuk normu niteliği taşıdığı halde, geçersiz olabilmektedir.⁴⁴⁵ Hukuk normlarının geçerli sayılabilmesi için ise adalet, etkililik ve biçimsel geçerlilik koşullarını taşıması gerekmektedir.

1.1. NORM VE ADALET İLİŞKİSİ

İslam Hukuk normlarının adalet kavramı ile ilişkisini ortaya koyabilmek için adaletin siyasi ve hukuki bağlamlarını birbirinden ayırt etmek gerekmektedir. İslam Hukuk doktrininde normlar, adalet boyutuyla ilahi iradeye dayanmaktadır.⁴⁴⁶ Aynı zamanda norm kavramı, adalet olgusunun yargı vesilesiyle topluma aktarıldığı bir kavram olmaktadır. İslam Hukuk doktrininde adaletin sağlanması ancak ilahi iradeyi temsil eden Kur'an ve sünnete tabi olmak suretiyle gerçekleşmektedir.⁴⁴⁷ Nasslardaki

⁴⁴² Ahmet Cevizci, “Paradigma Felsefe Sözlüğü”, *Form*, İstanbul, 1999, s. 358.

⁴⁴³ Türcan, *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, s. 197.

⁴⁴⁴ a.g.e., s. 199.

⁴⁴⁵ Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, s. 52.

⁴⁴⁶ Türcan, *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, s. 186.

⁴⁴⁷ Koşum, “Hukukun İşlevleri Arasındaki Zıtlık ve Adaletin Üstünlüğü Bakımından İslam Hukuku”, s. 65.

hukuk kuralları İslam Hukukuna göre; adaletin somutlaşmış ve biçime girmiş hali olarak kabul görmektedir.⁴⁴⁸

Bu durum, Müslümanın yargılanma sürecinde, yabancı kanunların uygulanamayacağına, adalet ve yegâne hüküm olgusunun ilahi iradeden ayrı düşünülemeyeceğine işaret etmektedir.⁴⁴⁹ Ehl-i Kitabın yargılanmasında ise; İslam Hukukunun bir parçası olarak kabul edilen, kendi hükümleri uygulanmaktadır. İnanç özgürlüğünün gözetiliyor olması İslam Hukuk normlarında adalet kavramının gereği olmakta ayrıca bütün bu etkenler, İslam Hukuk doktrininde adalet kavramının norma bağlı şekilde gerçekleştiğinin işareti olmaktadır. Bu yaklaşımda geçerli kabul edilen her bir norm aynı zamanda adil norm olarak kabul edilmektedir.⁴⁵⁰ Bu bakımdan İslam Hukuk biliminde benimsenen görüş, biçimsel olmakla birlikte adaletin indirgendiği kıstas bakımından etik formalizmden ayrılmaktadır.⁴⁵¹

1.2. NORM VE ETKİLİLİK İLİŞKİSİ

Normların geçerliliği, etkili olma bağlamında değerlendirildiğinde, toplum tarafından kabul görme, benimsenme ve uygulanma ile doğru orantılı olmaktadır. Bu kriterlere uyum sağlayan normun, hukuki geçerlilik ölçütüne sahip olduğu düşünülmektedir.⁴⁵² İslam hukuk doktrininde sadece somut olaylar üzerinden gerçekleşen sosyolojik meşruiyet, hukuk normlarının geçerli kabul edilebilmesi için yeterli ölçüt olmamaktadır. Bir uygulamanın toplum tarafından sürekli olarak tekrar edilmesi, âdeten bunun yapıyor olması, yani örf haline gelmesi dahi hukuki geçerlilik için tek kıstas kabul edilmemektedir.⁴⁵³ Örfün delil olarak gösterilebilmesi, Kitap ve Sünnete aykırı bir hüküm koymamasıyla mümkün sayılmasına rağmen, normu belirleyen değil yalnızca normun uygulanma yöntemini belirleyen bir unsur olarak kabul edilmektedir.⁴⁵⁴ Görülmektedir ki İslam hukukunda normların geçerliliği, yalnızca toplum tarafından adet haline getirilmesiyle geçerli olmamakta, toplum tarafından kabul gören ve hukuki talepleri karşılayan normların aynı zamanda ilahi iradeye de uygun olması gerekmektedir.

⁴⁴⁸ a.yer.

⁴⁴⁹ Türcan, *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, s. 189.

⁴⁵⁰ a.g.e., s. 190.

⁴⁵¹ a.g.e., s. 193.

⁴⁵² a.g.e., s. 194.

⁴⁵³ Serahsi, *el-Mebcut*.

⁴⁵⁴ Türcan, *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, s. 195.

1.3. NORM-BİÇİMSEL GEÇERLİLİK İLİŞKİSİ

İslam Hukuk teorisine göre fıkıh normları ictihada konu olan alanda, insani ilişkileri hak ve sorumluluk karşılığı içinde incelemektedir. Ancak bu normların pozitif düzeyde hukuk normu niteliği kazanabilmesi için kamusal güç tarafından desteklenmesi gerekmektedir. Bu sebeple İslam Hukukuna ait hükümlerin hukuki neticeleri daha çok yargı kararlarına bağlı olarak verilmektedir.⁴⁵⁵

Müçtehid hâkimlerin, yargılama konusunda oldukça fazla yetkisi bulunmakta, bu yetki devlet başkanı tarafından da hukukun genel teorisine bağlı kalınmak suretiyle sınırlandırılmamaktadır. Hukuk ekollerinin şekillenmesi ile birlikte mutlak müçtehid hâkimlerin sayısının azalması, hukuki istikrarın sağlanabilmesi için hâkimlerin yetkilerinin sınırlandırılması gereğini doğurmaktadır.⁴⁵⁶

İslam Hukuk normlarının geçerliliği için, biçimsel geçerlilik kriterini ele alan bu yaklaşımda, devlet başkanı, hâkimlerin belli bir hukuk ekolüne göre hükmetmesini emretmektedir. Bu durum ise dolaylı yoldan bir formalizm faaliyetini ortaya çıkarmaktadır. Belli bir usulün takip ediliyor olması, İslam Hukuk normlarının biçimsel bir geçerliliğe dayandırılmış olduğunun işareti olmaktadır.⁴⁵⁷ İslam Hukukunun, bireyler arası güven duygusunu pekiştirmesi ve hukuk emniyetini sağlaması ihtiyacı, formalist normların uygulanmasını, fiil ve davranışların buna göre değerlendirilmesini zaruri kılmaktadır.⁴⁵⁸ Kişilerin hukuki fiillerinde iç iradeye itibar edilmesi, ancak niyetin tespit edilebilmesi oranında mümkün olmaktadır. Bu nedenle hukuka aykırılık içeren maksatların açıkça belirlenemediği durumlarda, biçimsel hukuk normlarına göre hareket etmek bütün mezhepler tarafından kabul edilmektedir.⁴⁵⁹

Biçimsel geçerliliğin sağlanabilmesi için normların, hukuki düzen tarafından tanınan yetkiye bağlı olarak konulmuş olması gerekmektedir. Ayrıca İslam Hukukunun genel prensiplerinin anlaşılabilmesi için ise; nassa, içtihada ve icmaya dayalı fıkıh

⁴⁵⁵ a.g.e., s. 196.

⁴⁵⁶ a.g.e., s. 197.

⁴⁵⁷ Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, s. 89.

⁴⁵⁸ Koşum, "Hukukun İşlevleri Arasındaki Zıtlık ve Adaletin Üstünlüğü Bakımından İslam Hukuku", s. 57.

⁴⁵⁹ a.g.e., s. 58.

normlarının, geçerlilik şartlarının normlar üzerinde gerçekleşmiş olması gerekmektedir.⁴⁶⁰

1.3.1. Nassa Dayalı Hükümler

Senedi nassa dayalı hükümler, doğrudan Kitap ve Sünnet tarafından beyan edilen hükümlerdir. Fıkıh âlimleri, naslar arasında bir tearuz çıkma ihtimali dolayısıyla şer'i ameli hükümler içeren nasları üç geçerlilik koşulu kapsamında değerlendirmektedirler. Şer'i ameli hüküm içeren nasların mensuh olmaması gerekmektedir.⁴⁶¹ Çünkü mensuh kabul edilen nassın hükmü ve dolayısıyla geçerliliği de ortadan kalkmış olmaktadır. Yine şer'i ameli hüküm içeren nasların, diğer bir nass ile tearuz etmesi halinde, tercih edilen nass olması gerekmektedir. Aksi takdirde nassın geçerliliğinden söz etmek mümkün olmamaktadır.⁴⁶² Son olarak ise iki nass arasında söz konusu olan tearuzdan, herhangi bir nass tercih edilemeyecek olursa bahsi geçen iki nassa hukuki geçerliliğini yitirmiş olacaktır ve delil olarak kabul edilemeyecektir.⁴⁶³

1.3.2. İctihada Dayalı Hükümler

Senedi ictihada dayalı fıkıh normlarının geçerliliğinin sağlanabilmesi için iki unsur bulunmaktadır. Gazali bu şartlar için; “ *ıctihadın ehlerinden sadır, mahalline musadif olması* ”⁴⁶⁴ şeklinde bir ifade kullanmaktadır. Bu ifade ile müçtehidin, gerekli şartları taşıyor olması, ıctihadın usulüne uygun davranıyor olması ve ictihad edilecek konunun da ictihada uygun olması hali kastedilmektedir.⁴⁶⁵ Müçtehidin kat'i delile muhalefet etmesi halinde, ictihada dayandığı iddia edilen hüküm geçersiz sayılmaktadır. İctihad yoluyla oluşturulan normların geçerliliği için hakkında ictihad yapılacak mevzunun muhkem bir nassla takyid edilmemiş olması gerekmektedir.⁴⁶⁶ Çünkü kat'i bir delilin varlığı ictihad yoluyla elde edilen normun geçerlilik koşullarına muhalif bir netice oluşturmaktadır. Aynı zamanda, nassın varlığı doğrudan ilahi bir beyan olduğundan, şer'i ameli hükümde ilahi iradeyi açığa çıkarmak olan ıctihada gerek kalmamaktadır. İslam hukukçuları, hakkında nass bulunan konularda, ictihad

⁴⁶⁰ a.yer.

⁴⁶¹ Türçan, *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, s. 200.

⁴⁶² a.g.e., s. 201.

⁴⁶³ a.yer.

⁴⁶⁴ a.g.e., s. 202.

⁴⁶⁵ a.g.e., s. 203.

⁴⁶⁶ Mustafa Yıldırım, *Mecellenin Külli Kaideleri*, İzmir: İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yy., 2001, s. 54.

yapılamayacağı hususunda görüş birliği içerisindeyler.⁴⁶⁷ Nihayeti itibariyle icthad yoluyla elde edilen fıkıh normlarının geçerliliği için ilk olarak kat'i delil, ikinci olarak ise müçtehidin ve bahse konu olan hükmün gerekli şartları taşıyor olması yani müçtehidin yetkisi, normlar arası hiyerarşi uygulanmak suretiyle biçimsel kıstas anlayışı gözetilmektedir.⁴⁶⁸

1.3.3. İcmaya Dayalı Hükümler

Sübuti ve delaleti kat'i icmanın, fıkıh normlarına konu olması, normun geçerliliği için yeterli olmaktadır. İcma, İslam Hukuk Biliminde şer'i- ameli hükümlere kat'ilik katan bir usul niteliğindedir. İcmanın senedini teşkil eden unsurların nass veya icthad hükmü olması sonucu değiştirmemekte, nass veya icthad hükümlerinden birinin var olması icma için yeterli görülmektedir. Dolayısıyla icma, hem Kitap ve Sünnet hem de icthad üzerinde işlevsel bir nitelik taşımaktadır.⁴⁶⁹ İcma, nassların geçerlilik koşullarının kesin olarak var olup olmadığını belirleme bakımından da önem arz etmektedir. Diğer bir ifadeyle icma, şer'i ameli hükümlerin ya kendisi olmakta ya da mevcudiyetiyle var oluş sebepleri olmaktadır.⁴⁷⁰ İcmanın nassa dayanması durumunda, nassın mensuh, metruk ve mercuh olup olmadığını belirleme vazifesi icmaya düşmektedir. Yine icmanın icthada dayanıyor olması halinde ise; müçtehidin ve icthada konu olan durumun uygunluğunu belirlenmesi icmanın görevi olmaktadır.⁴⁷¹

İslam hukuk âlimlerinin bir kısmı, herhangi bir konu hakkında icma edilmesi durumunda, başka bir kaynağa başvurmaya gerek kalmadığını ayetler ve hadisler nesh edilebilirken, icmanın neshe ve yoruma konu olmadığı, gerekçesiyle savunmaktadırlar.⁴⁷² İslam Hukuk âlimlerinin bir kısmı ise; icma faaliyetinin nasslar yoluyla mümkün olduğu gerekçesiyle kat'i nassların icthadın önüne geçmesi gerekliliğini savunmaktadır.⁴⁷³ Bu durum normların biçimsel geçerliliğinin sağlanması açısından önem arz etmektedir. Aksi halde şer'i senedin bulunmadığı durumlarda icmaa başlı başına bir hüküm kaynağı olarak kabul edilmemektedir.⁴⁷⁴

⁴⁶⁷ Türcan, *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, s. 204.

⁴⁶⁸ a.g.e., s. 207.

⁴⁶⁹ a.g.e., s. 209.

⁴⁷⁰ a.yer.

⁴⁷¹ a.yer.

⁴⁷² a.g.e., s. 210.

⁴⁷³ a.g.e., s. 209.

⁴⁷⁴ a.g.e., s. 210.

Fıkıh normları, ister nass ister icthad kaynaklı olsun, geçerli olabilmesi, yani amel edilebilirliği, nassın içselleştirilmesiyle doğru orantılı olmaktadır. Müctehidin ya da normla muhatap olan kişinin normu benimsemesi, bu husus için gerekli görülmektedir. İcma kaynaklı normların geçerliliğinin de ise; normlar, onu kabul eden kişi tarafından bir bağlayıcılığa sahip olmaktadır.⁴⁷⁵ Ameli hükümlerin dışında kalan normların geçerliliği ise; yetkili organdan doğan objektif kararlara dayanmaktadır. Bu nedenle fıkıh normları ile İslam Hukuk normları, uygulanma alanı olarak sadece Müslümanları ya da sadece gayrimüslimleri kapsama bakımından farklılık arz etmektedir.⁴⁷⁶

İslam Hukuk normları pozitif düzeyde, yargılamanın geçerli olduğu alanda gerçekleşen icmaya dayalı normlar ve yargı kararları tarafından temsil edilmektedir.⁴⁷⁷ Böylelikle hukuk normlarının biçimsel geçerlilik koşulları problemi, icmaya konu olan normlar ve yargı kararları şeklinde incelenmektedir. İcma, şer’i- ameli nitelikteki hükümleri konu edinmektedir. Aynı zamanda icmaa konu bakımından düzenleme alanı ile ilgili olduğundan, icmanın işlevsel olduğu alan da fikhın düzenleme alanı olmaktadır.⁴⁷⁸

İcma, yargılama yetkisinin geçerli olduğu ilişkilerin tamamında da geçerli olmakta dolayısıyla icmaya konu olan normların hukuki olması ve bu sebeple pozitif bir nitelik kazanması önem arz etmektedir.⁴⁷⁹ İcmaya konu olan normların hukuki nitelik kazanabilmesi için devletin kendisini bu iradeye bağlı sayması ve bu iradeyi desteklemesi gerekmektedir. İcmaya konu olan normların geçerliliği, son söz yetkisi taşıdığından, bir otoriteye bağlı olarak, hakkında icma gerçekleşen norm, hem hukuki, hem de geçerli sayılmaktadır. Bu konuda devletin yeni bir norm koyma yetkisi bulunmamaktadır.⁴⁸⁰ İcma, yargı kararlarının bağlayıcılığı ilkesinin geçerliliğini de sağlamaktadır. Böylelikle icmaya konu olan normlar tüm hukuki düzen açısından nihai iradeyi temsil etmiş olmaktadır.⁴⁸¹

⁴⁷⁵ a.yer.

⁴⁷⁶ a.g.e., s. 211.

⁴⁷⁷ a.yer.

⁴⁷⁸ İbrahim Kafi Dönmez, “İcmâ”, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM), 2000, c. 21, ss. 417-31.

⁴⁷⁹ Türcan, *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, s. 212.

⁴⁸⁰ a.yer.

⁴⁸¹ a.yer.

İslam Hukukunda güçler birliği devlet başkanında bulunmaktadır. Devlet başkanı bu yetkileri kullanmak suretiyle norm oluşturması ise; genel icthad teorisinin bir parçası olmakta, böylelikle normların geçerlilik kriterleri icthadi fıkıh normlarıyla aynı geçerlilik şartlarına sahip olmaktadır.⁴⁸² İcmaya konu olan yargı kararları pozitif hukuk normlarını temsil etmektedir. Şayet hâkim müçtehid değilse hüküm, devlet başkanının yetkisiyle belirlenerek, kararların geçerliliği de önceden belirlenmiş hukuk normlara göre olmakta, ancak bu konu biçimsel geçerlilik hususunda problem olarak değerlendirilmektedir.⁴⁸³ İcmaya konu olan yargı kararlarının geçerliliği usulcülere göre; ” *hukuk düzeni içerisinde delalet-i kat’i olan hususlara aykırı olmamalarına bağlıdır. Ancak delalet-i zanni olan hususlarda ise; yargı kararlarının iptal edilemeyeceğini kabul etmektedir*”⁴⁸⁴ şeklinde ifade edilmektedir. İslam hukukçuları ise; içtihada açık yargı kararlarının iptal edilemeyeceği hususunda ittifak etmekte⁴⁸⁵ bu durum toplumsal düzen ve normlar arası çatışmanın ortadan kaldırılması için gerekli görülmektedir. Çünkü hukuk sistemi, düzenleme işlevi gereği yalnızca dış görünümünü ele alarak şahsi olanı ayıklamakta ve dolayısıyla eşitlik oluşturmaktadır. Bunun içindir ki form ve formalizmden doğan hukuk, adaletin temini için temel unsur olmaktadır.⁴⁸⁶

2. ÖRNEK HİLE-İ ŞER’İYYE UYGULAMALARINDA FORMALİZM

İslam Hukuk normları, hukuki düzene ait sınırlar çizen, adaleti tesis eden ve bireysel ilişkilere belli formlar getiren bir sistemdir. Böylelikle olması gerekene yönelik davranış kuralları olarak tanımlanmakta ve biçimsel kurallar bütününe denk gelmektedir.⁴⁸⁷ Ancak İslam Hukuk normlarının geçerliliği için üç şart bulunması gerekmektedir. Bunlardan ilki, normların adalet sıfatı taşıyor olmasıdır. İslam Hukuk doktrininde normlar, Kitap ve Sünnete uymak suretiyle adalet vasfına sahip olmaktadır.⁴⁸⁸ İslam Hukuk normlarının geçerli olabilmesi aynı zamanda toplum içerisinde etkililiği yani âdaten yapılıyor olmasıyla da doğru orantılıdır. Ancak muamelelerin örf haline gelmiş olmasının yanında, nasrlara uygun olması da

⁴⁸² a.g.e., s. 213.

⁴⁸³ a.yer.

⁴⁸⁴ a.yer.

⁴⁸⁵ a.g.e., ss. 213-14.

⁴⁸⁶ Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1985, s. 33.

⁴⁸⁷ Koşum, “Hukukun İşlevleri Arasındaki Zıtlık ve Adaletin Üstünlüğü Bakımından İslam Hukuku”, s. 56.

⁴⁸⁸ a.g.e., ss. 56-57.

gerekmektedir.⁴⁸⁹ Normların geçerliliği için gerekli olan son şart ise; biçimsel geçerliliğe uygun olmasıdır. İslam Hukuk normlarının devlet idaresi tarafından desteklenmesi ve yargı kararlarının önceden tayin edilen kaidelere göre belirlenmesi, İslam Hukuk normlarının biçimsel tarafını besleyen bir unsur olmaktadır. Toplumsal düzenin ve istikrarın sağlanabilmesi, sınırları çizilmiş, objektif normları zaruri kılmaktadır.⁴⁹⁰ Bu durum hukuki güvenlik açısından da önem arz etmektedir.

Hukuki muamelelerin hükme bağlanması noktasında iç irade yani niyetin ön plana çıkarılması durumunda, hukukun amaçladığı, adil yargılama ve objektif hüküm verme unsuru mümkün olmayacak, bu ise; sosyal düzen açısından olumsuz sonuçlara neden olacaktır.⁴⁹¹ Hz. Peygamber'in "*Kuşkusuz ben, sizin gibi bir insanım. Yargılanmak için huzuruma geliyorsunuz. Belki sizden biri daha güzel konuşur da kendini daha iyi savunur. Ben de dinlediklerime dayanarak onun lehine karar veririm. Böyle bir durumda, kimin lehine, kardeşine ait bir hakkı hükmetmişsem sakın onu almasın. Ben bu hükümle ona cehennem ateşinden bir parça ayırmışım.*"⁴⁹² hadisi, hukukun düzen unsurunun, bireylerin iç iradesinden ziyade, onların irade beyanlarına bağlı olduğunun bir işareti olmaktadır.

Hile-i şer'iyyeye konu olan bazı uygulamaların, mezhep imamları tarafından farklı şekillerde hükme bağlanmasının sebeplerinden biri, yine tarafların niyetlerinin tespit edilme güçlüğü dolayısıyla irade beyanlarına itibar edilmesi ya da nassların lafzi yorumlanması nedeniyle ilgili olmaktadır.⁴⁹³ Hukuka aykırılık içeren maksatların belirlenemediği durumlarda, İslam Hukuk normlarının biçimsel yanının ön plana çıkarılması, bu kuralların toplum üzerinde etkin olabilmesi ve hukuki güvenliğin sağlanabilmesi için oldukça önemli kabul edilmektedir.⁴⁹⁴ Mezhep imamlarının bir kısmı hile-i şer'iyyeye konu olan uygulamaları hukuki düzenin devamı ve kolaylık ilkesi gereği geçerli kabul ederken bir kısmı da hukuk normlarının maksatları üzerine eğilerek geçersiz saymaktadırlar.⁴⁹⁵ Hülle, bey'ul-îne, teverruk, şüf'a hakkı ve zekât

⁴⁸⁹ Türcan, *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, s. 190.

⁴⁹⁰ Koşum, "Hukukun İşlevleri Arasındaki Zıtlık ve Adaletin Üstünlüğü Bakımından İslam Hukuku", s. 57.

⁴⁹¹ a.yer.

⁴⁹² Buhari, Ahkâm,20, Mezâlim, 16, Şehâdât,27; Muslim, Akdiye, 4-5.

⁴⁹³ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, ss. 61-62.

⁴⁹⁴ Koşum, "Hukukun İşlevleri Arasındaki Zıtlık ve Adaletin Üstünlüğü Bakımından İslam Hukuku", s. 58.

⁴⁹⁵ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 242.

konularında başvurulmuş hile-i şer'iyye örnekleri, İslam hukuk normlarının düzen ve adalet unsurunu beslemesi açısından da oldukça önemli kabul edilmekte bahsi geçen bu işlemlerin biçimsel geçerlilik bağlamında ele alınması ise; şer'i çıkış yollarını destekleyen yöntemin anlaşılmasını sağlamaktadır.

Hile-i şer'iyye muamelesi olarak ele alınacak ilk konu hülle uygulamasıdır. Hülle, bاین talakla boşanmış kadının ilk kocasına helal olabilmesi için, başka bir adamla yapmış olduğu nikâh akdi olarak tanımlanmaktadır.⁴⁹⁶ Bakara suresinin 229. ve 230. ayetlerinde de bahsi geçtiği üzere, boşanma üçle sınırlandırılmaktadır. Tüm boşama haklarını kullanan koca için karısının haram kılınması, sünnete aykırılık içermesi bakımından ceza hükmündendir.⁴⁹⁷ Hanbeli ve Maliki mezhebi, üç talakla boşanan kadının, bir başkasıyla nikâhlanıp ondan da boşanmadıkça, eski kocasına helâl olmayacağını bildiren âyette yer alan, “nikâh” kelimesini cimanın gerçekleşmesi olarak yorumlamaktadırlar.⁴⁹⁸

Hanefiler ise; kadını ilk kocasına helal kılmak için yapılan nikâh akdini, evlenecek erkeğin helâl kılma niyeti taşıması ile evlendikten sonra boşama şartı koşularak yapılan evlilikler şeklinde ayrı ayrı değerlendirmektedirler.⁴⁹⁹ İkinci kocanın, kadını ilk kocasına helal kılma niyetini gizli tutarak yaptığı nikâh akdi; sahih ve geçerli kabul edilmekte evliliğin sonunda, kadın ilk kocasına helal olmaktadır.⁵⁰⁰ Kadının ilk kocasına helal olabilmek için boşanma şartı koyarak yaptığı evlilik ise; İmam Azam Ebu Hanife ve İmam Züfer'e göre sahih kabul edilmektedir. Bu akdin sonunda kadın ilk kocasına helal olmaktadır.⁵⁰¹

Ebu Hanife, nikâh akdinin genel amacının helal kılma olduğu gerekçesiyle, ikinci kocayla yapılan akdin, şarta bağlı ya da şartsız şekilde yapılması arasında bir fark gözetmeksizin nikâh akdini sahih kabul etmektedir.⁵⁰² Hz. Peygamber'in hülle yapan kimseyi lanetlediği hadiste⁵⁰³ de nikâh akdinin geçersiz olduğuna dair bir işaretin

⁴⁹⁶ a.g.e., s. 359.

⁴⁹⁷ a.g.e., s. 358.

⁴⁹⁸ Köse, “Hülle”, s. 476.

⁴⁹⁹ a.yer.

⁵⁰⁰ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 363.

⁵⁰¹ a.yer.

⁵⁰² a.g.e., s. 364.

⁵⁰³ Ebu Davud, “Nikah”,15; Tirmizi, “Nikah”,28.

bulunmaması, akdin sahih olduğunun delili olmaktadır.⁵⁰⁴ Ebu Hanife'nin hülle hakkındaki bu görüşü, hüllenin hukuken geçerli bir muamele olduğunun işaretidir. Hukukî işlemlerde açık ve objektif delil ve verilerden hareket etmek gerektiğinden ve İslam Hukuk normlarının düzen unsuru bakımından hülle niyetiyle yapılan bu evlilik hukuken geçerli sayılmaktadır.⁵⁰⁵

İmam Şafii ise bu durumla ilgili olarak; nikâh akdi esnasında karı kocadan herhangi birinin ilk kocaya helâl kılmayı sağlayan geçici bir evlilik yapmaya niyet etmesi halinde, şayet niyet gizli tutuluyorsa hukukî bir değer taşımayacağından, şekli esas alarak, yapılan nikâh akidini geçerli kabul etmektedir. Kişi her zaman niyet ettiğini gerçekleştiremediğinden fiil ve niyet ayrı değerlendirilmektedir. Bu durumda kadın, ilk kocasına helal olmaktadır.⁵⁰⁶ Hukuki muamelelerde niyete itibar etmek objektif kararların verilmesi bakımından engel teşkil etmektedir. Bu nedenle zahire itibar etmek, İslam Hukuk normlarının etkililiği açısından daha isabetli olmaktadır. Nitekim İmam Şafii hukuki muamelelerde şekil şartlarına uygunluğu, hukuki geçerlilik için yeterli görmekte, muamelenin dini boyutunun dünyada değil ahirette değerlendirileceğini ifade etmektedir.⁵⁰⁷

Hile-i şer'yye bağlamında değerlendirilen diğer bir örnek bey'ul-îne muamelesidir. Bey'ul-îne “ *bir kimsenin bir malı belli bir fiyat karşılığında vadeli olarak satıp aynı malı peşin parayla sattığı fiyattan daha ucuza geri satın alması* ”⁵⁰⁸ şeklinde tanımlanmaktadır. Bu hususla alakalı olarak Hanefiler, kişinin sattığı malı parası ödenmeden önce daha düşük fiyatla satın almanın faize sebep olması dolayısıyla caiz olmadığı görüşündedirler.⁵⁰⁹ Hanbeliler, asıl niyetin faizli kazanç elde etmek olduğunu ifade ederek haram olduğunu ifade etmekte ve iç iradeye göre hüküm vermektedirler. Malikiler; bey'ul-îne muamelesini, şekil olarak kusursuz buldukları halde faizi meşrulaştırmanın kılıfı olarak görüp sedd-i zera-i bağlamında caiz kabul etmemektedirler.⁵¹⁰

⁵⁰⁴ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 364.

⁵⁰⁵ Köse, “Hülle”, s. 477.

⁵⁰⁶ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 366; Köse, “Hülle”, s. 477.

⁵⁰⁷ İbrahim Kafi Dönmez, “Amel”, İstanbul: TDV İslam Araştırmaları Merkezi, 1991, c. 3, s. 18; Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 366.

⁵⁰⁸ Apaydın, “İne”, s. 283.

⁵⁰⁹ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 382.

⁵¹⁰ Apaydın, “İne”, s. 283.

İmam Şafii ise; bey’ul-îne akdinin hukuken geçerli olduğu görüşündedir. “Allah alış-verişi helal kıldı”⁵¹¹ ayeti ve “Allah size haram kıldığı şeyleri tafsilatlı bir şekilde açıklamıştır”⁵¹² ayeti bu alış-veriş şeklinin helal olduğunun delilleri olmaktadır. İmam Şafii’nin îne akdini geçerli görmesindeki en büyük nedenlerden biri de, bu muameledeki iki alış-veriş işleminin şeklen hukuka uygun olmasıdır. Böylelikle bu muamele ile hukuki sınırlar içerisinde şer’i bir mesele çözüme kavuşturulmaktadır.⁵¹³ İmam Şafii, bey akdi ile faizin amaçlandığı iddialarına itibar etmemektedir. İslam hukuk normlarının geçerlilik şartları göz önüne alındığında ise; hukuki muamelelerde işlemin zahirine göre hüküm verilmesi daha isabetli olmaktadır.⁵¹⁴

Diğer bir hile-i şer’iyye uygulaması ise teverruk işlemidir. Teverruk; “*nakit para elde etmek için bir malı vade ile alıp bunu satıcıdan bir başkasına alış fiyatından daha düşük peşin bir fiyata satmak*”⁵¹⁵ manasına gelen finansal bir işlemdir. Teverruk işlemiyle alakalı olarak Ömer b. Abdülaziz faizin kardeşi olduğu gerekçesiyle haram, İmam Muhammed, İbn Teymiyye ve öğrencisi İbn Kayyim el-Cevziyye ise; mekruh olduğu görüşündedir.⁵¹⁶ Günümüzde banka vasıtasıyla da gerçekleştirilen teverruk işlemi, bazı İslam Hukukçular tarafından, faizi elde etme maksadı taşıdığı gerekçesiyle, hukuki boyutu göz ardı edilerek haram kabul edilmektedir.⁵¹⁷ Ancak ulemanın çoğunluğu teverruk uygulamasını, bey akdinin rükün ve şartlarını tam olarak içermesi dolayısıyla caiz kabul etmektedir. Müşterinin satın aldığı malı satmasında bir sakıncanın olmaması da bu hükmün nedenlerindedir.⁵¹⁸

İnsanların birbirine karz-ı hasen yoluyla borç vermemeleri, farklı yöntem arayışlarına neden olmaktadır. Teverruk uygulamasına cevaz verilmesi, faizli işlemlerin önüne set olması bakımından önemli bir hamledir. Bu durum insanlar için zaruri olan ekonomik faaliyetlerin canlanması noktasında şer’i bir çıkış yolu olmaktadır. Teverruk, toplum tarafından uygulanan, toplumsal düzene zarar vermeyen bir muamele olması ve naslarla da uygunluk göstermesi dolayısıyla İslam hukuk normlarının etkililiğini ve aynı

⁵¹¹ Bakara 2/275

⁵¹² En’am 6/119

⁵¹³ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 387.

⁵¹⁴ a.yer; Apaydın, “İne”, s. 284; Koşum, “Hukukun İşlevleri Arasındaki Zıtlık ve Adaletin Üstünlüğü Bakımından İslam Hukuku”, s. 58.

⁵¹⁵ Cebeci, “Teverruk”, s. 601.

⁵¹⁶ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 393.

⁵¹⁷ Cebeci, “Teverruk”, s. 602.

⁵¹⁸ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 393; Cebeci, “Teverruk”, s. 602.

zamanda İslam Hukuk normlarının biçimsel geçerlilik tarafını destekleyen bir unsur olmaktadır.

Hakkında çok fazla ihtilafı bulunan şüf'a hakkının düşürülmesi yani ön alım hakkının iskatı da hile-i şer'iyye bağlamında değerlendirilen bir diğer örnektir. Şüf'a; "satım veya bu hükümdeki bir akidle alınmış taşınmaz veya taşınmaz hükmündeki özel mülkiyete konu bir malı müşteriye mal olduğu bedelle cebren alıp mülkiyetini elde etme hakkı"⁵¹⁹ şeklinde ifade edilmektedir. Şüf'a hakkının ortadan kaldırılması için mal sahiplerinin başvurdukları belli başlı yollar bulunmakta böylelikle şef'i komşuluktan doğan bu hakkı kullanamamaktadır. Ancak şüf'a hakkı, başkasının mülkiyetinde bulunan malda ki bir hak olması, şefinin bu hakkı kullanamayacağına dair bir işaretle bulunması dolayısıyla dahi ortadan kalkacak zayıf bir hak olarak kabul edilmesi nedeniyle mezhep imamları tarafından farklı şekillerde değerlendirilmiştir.⁵²⁰

Bu konuyla ilgili olarak Ebu Yusuf ve İmam Şafi'nin görüşleri diğer mezheplerin görüşlerinden farklıdır. Ebu Yusuf'a göre sabit olmadan önce şüf'a hakkının kaldırılması için hileli yollara başvuran kişi, bunu kendi malı üzerinden maruz kaldığı kısıtlamayı ortadan kaldırmak için yapmaktadır. Dolayısıyla sabit olmadan önce, şüf'a hakkını doğuracak malı hibe etmek veya satmak gibi caiz bir işlemin yapılmasında hukuken bir yasaklama bulunmamaktadır.⁵²¹ Hakkın mevcut olmayışı, mülk üzerinden yapılan tasarruflara mani olmamaktadır. Şüf'a hakkı doğmadan hakka sebebiyet veren komşuluk ve irtifak haklarının düşürülmesi hukuken geçerli sayılmaktadır. Varsayımlar üzerinden yapılan muameleler ise; hukuki sınırların dışında kalmaktadır. Hanefilerin çoğunluğu da Ebu Yusuf'la aynı görüştedir.⁵²²

Şafii mezhebine mensup bazı âlimler; şüf'a hakkı düşürmek maksadıyla hile-i şer'iyyede bulunmanın belli şartlar dâhilinde mübah olduğu görüşündedirler.⁵²³ Mal sahibi kimse, malını hukuki bir yol ve gerçek bir bedel ile şefi'nin haricinde bir başka müşteriye satabilmektedir Nitekim alım-satım akdinde olması gereken tarafların rızası, satılacak malın mevcut ve bedelinin belli olması şartlarının mevcut olması⁵²⁴ müşteriyle

⁵¹⁹ İbrahim Kafi Dönmez, "Şüf'a", İstanbul: TDV İslam Araştırmaları Merkezi, 2010, c. 39, s. 248.

⁵²⁰ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 400; Dönmez, "Şüf'a", 2010, s. 249.

⁵²¹ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 400.

⁵²² a.g.e., s. 398.

⁵²³ a.g.e., s. 399.

⁵²⁴ Ali Bardakoğlu, "Bey", İstanbul: TDV İslam Araştırmaları Merkezi, 1992, s. 13.

yapılan bey akdinin hukuken geçerli olduğunun işareti olmaktadır. Böylelikle şef'iden gelebilecek herhangi bir zarar da engellenmiş olmaktadır.⁵²⁵

Hile-i şer'iyye muamelesiyle ilgili olarak ele alınacak son örnek ise; zekât mükellefiyetliğinin düşürülmesi için başvuru olan yöntemlerdir. Zekât, nisap miktarı mala sahip olan bir Müslümanın, sahip olduğu malın üzerinden bir yıl geçmesinden ardından, ihtiyaç sahibi kimseler için, malından ayırmış olduğu payı ifade eden mali bir ibadettir.⁵²⁶ Ancak Emeviler ve Abbasiler döneminde uygulanan adaletsiz mali politika, bazı idarecilerin zekât mallarını ihtiyaç sahiplerine ulaştırmamaları, zekât toplayan memurların bazılarının gayrimüslim olmaları ve verilen zekâtın başka bir isimle yeniden temin edilmeye çalışılması, halkı devlete zekât vermemek adına farklı yollara yönlendirmiştir.⁵²⁷ Bu hilelerden ilki zekât verilecek malların birleştirilmesi ya da ayrılmasıyla zekât verilecek miktarın düşürülmesi şeklindedir. Diğer bir yöntem ise; nisap miktarı malın başkasına hibe edilerek daha sonra geri alınması ya da malın eksiltilmesi şeklinde yapılmaktadır.⁵²⁸

Mezhep imamlarının zekâtın düşürülmesiyle ilgili farklı görüşleri bulunmaktadır. İmam Malik'e göre; zekâtı düşürmek amacıyla hileli yollara başvurmak caiz değildir. Hanbeli mezhebine göre ise; zekâtı düşürmek için hileye başvurmak haram hükmündedir.⁵²⁹ Bu konuyla alakalı olarak İmam Şafii ve Ebu Yusuf'un görüşleri oldukça dikkat çekmektedir. İmam Şafii'ye göre olgunlaşmadan satılan meyve, mübadele ve satış gibi ihtiyaca binaen yapılan muameleler, sahip olunan malın üzerinden bir yıl geçmesi şartına engel teşkil etmekte, nisap miktarı malın üzerinden bir yıl geçmeden bu işlemlerin gerçekleşmesi caiz kabul edilmektedir.⁵³⁰ Zekât mükellefiyetinin düşürülmesi için başvuru olan çıkış yolları da bu yönden değerlendirilmekte ve caiz kabul edilmektedir. Zekâtın vacip oluşunun temel unsurlarından biri olan havelânü'l-havl'in (nisap miktarı malın üzerinden bir yıl geçmesi) gerçekleşmeden, nisap miktarı malı elinden çıkan kişi için zekât

⁵²⁵ Dönmez, "Şüf'a", 2010, s. 249; Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 399.

⁵²⁶ Mehmet Erkal, Mahmut Salihoğlu, "Zekat", İstanbul: TDV İslam Araştırmaları Merkezi, t.y., c. 44, ss. 198-99.

⁵²⁷ Delice, "Asr-ı Saadet, Hulefa-i Raşidin ve Emeviler Döneminde Fikir Hürriyeti Konusunda Bazı Mülâhazalar", ss. 63-65.

⁵²⁸ Köse, *Kanuna Karşı Hile*, ss. 176-179,402.

⁵²⁹ a.g.e., s. 403.

⁵³⁰ a.yer.

gerekmemektedir.⁵³¹ Dolayısıyla kişi bunu kasten yapmış dahi olsa, İmam Şafii'ye göre hukuki işlemlerde niyetin tespit edilmesi kişinin ikrarı olmadan mümkün olmadığından zahire göre amel edilmektedir ve bu kişi zekâtta muaf tutulmaktadır.⁵³²

Zekâtın iskatı ile ilgili olarak aktarılabilecek son görüş ise; Ebu Yusuf'a aittir. Ebu Yusuf, zekâtın iskatı ile ilgili olarak nisap miktarı malı bulunan kişinin, malı üzerinden bir yıl geçmesine birkaç gün kala, bu malından sadaka verebileceğini ve bunda hukuka aykırı bir durum bulunmadığını ifade etmektedir. Böylelikle bu görüş, nisap miktarı malın azalması durumunda kişinin zekât mükellefi olmadığına delili olmaktadır.⁵³³ Kişilerin niyetlerinin aşikâr olmaması durumunda hüküm, İslam hukuk normlarına uygun olup olmama kıstasına göre değerlendirilmektedir. Böylelikle hukukun düzen unsurunun gerçekleştirilmesi, şahsi yorumlamaların ve varsayımların önüne geçmiş olmaktadır.

⁵³¹ Erkal, Salihoğlu, "Zekât", s. 199.

⁵³² Köse, *Kanuna Karşı Hile*, s. 403.

⁵³³ a.g.e., s. 404.

SONUÇ

Formalizm, hukuk normları bağlamında oldukça önemlidir ve hukukun düzenleme amacına hizmet etmektedir. Hukukun düzenleme amacına konu olan unsurlar ise; genellikle insanların toplumsal ilişkileri ve fiilleridir. Hukuk normlarının biçimsel ve emredici özelliğe sahip olması, hürriyetine düşkün bir varlık olan insanın, serbest hareketlerini belli bir şekle sokarak sınırlamaktadır. Ancak bahsedilen bu kısıtlama, mutlak manada özgürlükleri ortadan kaldırmak için değil, toplumsal yaşamın ahengini devam ettirebilmek maksadıyla devlet güvencesine bağlı haklar çerçevesinde düzenlenmektedir. Hukuk normları aynı zamanda kişilerin toplumsal manada ihtiyaç hissettikleri gereksinimlerini de karışılmakta, dolayısıyla toplumun her anlamda vazgeçilmez bir ihtiyacı olmaktadır.

Bahsi geçen formalizm kavramının İslam Hukuk normlarında etkili olduğu görülmektedir. Kaynağı itibariyle vahye dayanan bu sistemde de düzen unsurunu destekleyen ve besleyen ögeler bulunmaktadır. İslam Hukuk normları da pozitif hukuk normları gibi konu itibariyle irade ve yaptırımları içermektedir. Ancak yaptırım boyutu, pozitif hukuk normlarında olduğu gibi sadece dünyevi olmamaktadır. İslam Hukuk Doktrininde hukuki muamelelerin sonuçları hukuki ve dini olmak üzere iki türlü değerlendirilmektedir. Nitekim hukuken geçerli kabul edilen bir muamele, dinen caiz kabul edilmeyebilir.

İslam Hukuk Doktrini aynı zamanda kolaylık ilkesini benimsemektedir. Yapılan hukuki muameleler bu çerçevede değerlendirilmekte, meşakkatli işlerin kolaylaştırılması genel bir kaide ile desteklenmektedir. Ancak Hz. Peygamber ve Hulefa-i Raşidin döneminden sonra iktidara gelen devletlerin, bazı adaletsiz tutumları ve zorbaca yaptırımları, insanları İslam Hukuk normların karşı çıkış yolları aramaya sevk etmekte; hukuki, siyasi ve sosyal birçok neden hile-i şer'iyyenin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Hile-i şer'iyye, şer'i çıkış yolları olarak tanımlandığı gibi, şeklen hukuka uygun bir muamele ve hile kastıyla Allah'ın emri olan muamelelerden kaçmak şeklinde de tanımlanmaktadır. Ancak daha öncede ifade edildiği gibi İslam Hukuk Doktrini çerçevesinde değerlendirilen muamelelerin hukuki ve dini boyutu ayrı değerlendirilmektedir. Hile-i şer'iyyeye konu olan hülle, bey'ul-îne, teverruk, zekâtın ve

şüf'a hakkının düşülmesi, ayrıca ibadetlerle ilgili bazı muameleler de mezhep imamaları tarafından farklı biçimlerde ele alınmaktadır. İrade beyanının açık olmadığı ve niyetlerin tespitinin mümkün olmadığı her muamelede İslam hukukunun biçimsel geçerliliği ve hukuki boyutu bağlamında değerlendirmeler yapmak İslam Hukukunun maksatlarının gerçekleşmesi bakımından oldukça önemlidir.

Bahsi geçen hile-i şer'iyye örnekleri de İslam Hukuk normlarının biçimsel geçerliliğine uygun olması bağlamında değerlendirmiştir. Hile-i şer'iyye uygulamalarının hukukun düzen ve biçim işlevi bağlamında değerlendirilmesinin neticesinde, iç iradenin tespit edilemediği durumlarda İslam Hukukunun biçimsel unsurlarına göre hükmedilmesinin, toplum nizamı, sosyal adaletin sağlanması ve hukuki güvenliğin tesisi açısından ne derece önemli olduğu ifade edilmiştir.

KAYNAKÇA

- ADAL Erhan, *Hukukun Temel İlkeleri*, İstanbul: Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayınları, 1985.
- AKSU Ali, “Emeviler Döneminde Sosyal Tabakalar”, *İstem*, sy. 8 (2006), ss. 63-81.
- ALANGOYA Yavuz, Kamil YILDIRIM, Nevhis DEREN YILDIRIM, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, İstanbul: Beta Basım Dağıtım, A.Ş., 2011.
- ALTAŞ Hüseyin, *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Ankara: Yetkin Yayınları, 1998.
- ALTUNDIŞ Mehmet, “Hukuki Güvenlik İlkesi”, *Yasama Dergisi*, sy. 10 (2008), ss. 61-62.
- APAYDIN H. Yunus, “İne”, TDV İslam Araştırmaları Merkezi, 2000, c. 22, ss. 283-85.
- , “İrade Beyanı”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM), t.y., c. 22, ss. 387-91.
- ARAL Vecdi, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2012.
- , *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1985.
- ARSAL Orhan, “Objektif Hukuk Kaidesi İçin Yeni Bir Ölçü”, *İÜFHM*, sy. 1 (1935), ss. 352-75.
- ARSAL Sadri Maksudi, “Hukuk İlmi ve Sosyoloji I; Hukuk Kavaidi ve Hukuk İlmi”, *AÜHFD*, c. 1-2 (1964), s. 21.
- ASLAN İ.Yılmaz, Doğan ŞENYÜZ, *Hukuka Giriş*, Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.
- ATAR Fahreddin, “Nikah”, TDV İslam Araştırmaları Merkezi, t.y., c. 33, ss. 112-17.
- BAKTIR Mustafa, “Buhâri’nin Sahîhindeki ‘Kitâbü’l-Hiyel’i Hakkında Bazı Mülahazalar”, *EAÜİFD*, sy. 10 (1991), ss. 59-79.
- , “İslâm Hukukunda Hile-i Şerîyye”, *İslâmî Araştırmalar (Dergi)*, c. I, sy. 2 (1986), ss. 71-89-89.
- , *İslam Hukukunda Zaruret Hali*, Ankara: Akçağ Yayınevi, 1981.

- BARDAKOĞLU Ali, “Bey”, , 6 cilt, İstanbul: TDV İslam Araştırmaları Merkezi, 1992ss. 13-19.
- BELGESAY Mustafa Reşit, *Formalizm ve Ticari Defterlerin İspat Kuvveti*, İBD, 1957.
- BERKI Ali Himmet, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, Ankara: Güney Matbaacılık, 1948.
- “Biçim”, *Türkçe Sözlüğü*, Ankara: Türk Dil Kurumu, 1998, c. 2, s. 2083.
- BILGE Necip, *Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2017.
- CEBECİ İsmail, “Teverruk”, İstanbul: TDV İslam Araştırmaları Merkezi, 2016, c. EK-2, ss. 601-2.
- CEVİZCI Ahmet, “Form”, *Felsefe Terimleri Sözlüğü*, İstanbul: Paradigma, 2000s. 137.
- , “Formalizm”, *Felsefe Sözlüğü*, İstanbul: Paradigma, 2002s. 426.
- , “Paradigma Felsefe Sözlüğü”, *Form*, İstanbul, 1999.
- CÜRCANI, *et-Ta’rifat*, Beyrut, 1983.
- ÇAĞIL Orhan Münir, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1963.
- , *Hukuk Ve Hukuk İlmine Giriş I-II*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1966.
- ÇAĞIRICI Mustafa, Hayati HÖKELEKLI, “İrade”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 22 cilt, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM), t.y.ss. 380-84.
- ÇALIŞ Halit, “Zaruret”, İstanbul: TDV İslam Araştırmaları Merkezi, 2013, c. 44, ss. 141-44.
- DELICE Ali, “Asr-ı Saadet, Hulefa-i Raşidin ve Emeviler Döneminde Fikir Hürriyeti Konusunda Bazı Mülâhazalar”, *EKEV Akademi Dergisi*, c. 2, sy. 2 (2000), ss. 57-76.
- DÖNMEZ İbrahim Kafi, “Amel”, İstanbul: TDV İslam Araştırmaları Merkezi, 1991, c. 3, ss. 16-20.
- , “İcmâ”, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM), 2000, c. 21, ss. 417-31.
- , “İslam Hukukunda Müctehid ile Modern Hukuklarda Hakimin Durumu”, *MÜİFD*, sy. 4 (1986), s. 46.

- , “Müt’a”, İstanbul: TDV İslam Araştırmaları Merkezi, 2006, c. 32, ss. 174-80.
- , “Şüf’a”, İstanbul: TDV İslam Araştırmaları Merkezi, 2010, c. 39, ss. 248-52.
- , “Şüf’a”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM), t.y., c. 39, ss. 248-52.
- DURMUŞ İsmail, “Tevriye”, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM), t.y., c. 41, ss. 45-47.
- ERDOĞAN Mehmet, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Vakfı Yayınları, 2016.
- ERKAL Mehmet, Mahmut SALIHOĞLU, “Zekât”, , 44 cilt, İstanbul: TDV İslam Araştırmaları Merkezi, 2013ss. 197-209.
- , “Zekât”, İstanbul: TDV İslam Araştırmaları Merkezi, t.y., c. 44, ss. 197-209.
- ERMENEK İbrahim, “Medeni Usûl Hukukunda Şekilcilik”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy. 4 (2000).
- ESENER Turhan, “Borçlar Hukuk Sistemine Göre Akitlerin İnki’adında İtimat Prensibinin Ehemmiyeti”, *AÜHDF*, sy. 4 (1952), s. 167.
- ESER Ercan, “İslam Hukuku Açısından Hilenin Meşruiyeti (İslami Finans Kurumları Örneği)”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 25 (2015), ss. 225-50.
- FAHRUDDIN Alim b. Ala, *Fetava’t-Tatarhaniyye*, İsmihan Sultan Nşr, t.y.
- GAZZÂLİ Ebu Hamid Muhammed, *İhya’ü ulûmid’d-dîn*, çev. Mehmed A. Müftüoğlu, İstanbul: Çelik Yayınevi, 1983.
- GÖZLER Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Ankara: US-A Yayıncılık, 1998.
- , *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa, 2008.
- GÜRİZ Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1987.
- HAFIZOĞULLARI Zeki, *Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Ankara: US-A Yayıncılık, 1996.
- , “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu Ve Sınırları Sorunu”, *AÜHFD*, c. 35 (1978), s. 246.
- HANÇERLİOĞLU Orhan, “Form”, *Kavramlar ve Akımlar*, İstanbul: Remzi Kitabevi, 1976, c. 1, s. 159.

- İBN KAYYIM EL-CEVZİYYE, *İ'lamü'l muvakkı'in an Rabbi'l-alemin*, Beyrut, t.y.
- İBN NUCEYM Zeynüddin b. İbrahim, *el-Eşbah ve'n-nezair*, 1-4 cilt, Beyrut, 1985.
- İBN TEYMIYYE Takıyüddin Ahmedb. Abdülhalim, *İkametü'd-delil ala ibtali't-tahlil (el-Fetava'l-Kübra 3.cilt içerisinde)*, Kahire, 1965.
- İBNÜ'L-ESİR, *en-Nihaye fi garibi'l-Hadis*, Kahire, 1963.
- İŞIKTAÇ Yasemin, *Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1999.
- KARADAĞI Ali Muhyiddin Ali, *Mebde'ür-rıza fil ukud dirase mukarene fi'i fikhi'l-İslami*, Beyrut, t.y.
- KARAMAN Hayreddin, "Ahmed b. Hanbel", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM, t.y., c. 2, ss. 80-82.
- , *İslam Hukuk Tarihi*, İstanbul: İz Yayıncılık, 2012.
- , *İslam Hukukunda İctihad*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2015.
- , *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul: İz Yayıncılık, 2012.
- KOŞUM Adnan, "Hukukun İşlevleri Arasındaki Zıtlık ve Adaletin Üstünlüğü Bakımından İslam Hukuku", *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy. 1 (2006), ss. 55-66.
- KÖSE Saffet, "Hiyel", İstanbul: TDV İslam Araştırmaları Merkezi, 1998, c. 18, ss. 170-78.
- , "Hülle", İstanbul: TDV İslam Araştırmaları Merkezi, 1998, c. 18, ss. 475-77.
- , *İslam Hukukuna Giriş*, İstanbul: Hikmetevi Yayınevi, 2015.
- , *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, İstanbul: Birleşik Yayıncılık, 1996.
- MERAĞI Abdullah, *İskatü'l-ahkam 'iş-şeriyeye bi't-tahayüli memnu*, Kahire: Mecelletül Ezher, 1954.
- MESUDI Muhammed, *el-Hiyel*, Mecelletü Cami'ati'l-İslamiyye bi'l Medinetü'l Münevvere, 1406.
- ÖKTEM Niyazi, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, İstanbul: Beta Basım Dağıtım,A.Ş, 1998.
- PEKCANITEZ Hakan, Oğuz ATALAY, Muhammet ÖZEKES, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Basımevi, 2013.

- SERAHSI Şemsül-eimme Muhammed b.Ahad b. Sehl, *el-Mebсут*, çev. Cevat Akşit, Kahire: Gümüşev, 2008.
- ŞAFİİ Ebu Abdillah Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, 3 cilt, çev. Musa Özdemir, İstanbul: Buruc Yayınları, 2011.
- ŞATIBİ Ebu Ubeyde Meşhur b.Hasan Âlü Selman, *Muvafakat*, 4 cilt, 1997.
- ŞEVKÂNI Muhammed El-Havlâni, *Katru 'l-veli ala hadis 'il-veli*, Kahire, t.y.
- TERCAN Erdal, *Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı*, Ankara, 2001.
- TOPALOĞLU Bekir, *İslam 'da Kadın*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2016.
- TOPÇUOĞLU Hamide, *Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları)*, İzmit: Selüloz Basımevi, 1950.
- TUĞ Adnan, *Türk Özel Hukukunda Şekil*, Konya, 1994.
- TÜRCAN Talip, *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, Ankara: Ankara Okulu Yayınları, 2003.
- UNGER Roberto Mangaberia, "İzonom ve Adalet", *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, İstanbul: Alkım Yayınevi, 1997.
- UZUNPOSTALCI Mustafa, "Ebu Hanife", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM), t.y., c. 10, ss. 131-43.
- YILDIRIM Kamil, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul: Kazancı Kitap, 1990.
- YILDIRIM Mustafa, *Mecellenin Külli Kaideleri*, İzmir: İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yy., 2001.
- ZEVKLİLER Aydın, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, Ankara, 2001.