

## FIKİH'ta HASTA

Prof. Dr. Orhan ÇEKER (\*)

### GİRİŞ

Hukuk sistemlerinde kasıtlı tasarrufların önüne geçmek, doğabilecek zararlara engel olmak bir esastır. Hukuk sistemi, hakların tesisini ve korunmasını düzenlemek demek olduğuna göre hakların kötüye kullanılmasını önlemek sistem gereğidir. Bazı durumlarda tasarrufların butlanına ve fesadına hükmetmek yahut kasıtlı tarafı yetkisiz kılmak söz konusu esasın sonucudur. Bir hukuk sisteminden normal olarak bu beklenir.

İslam Hukukunda da kasıtlı tasarrufların önüne geçmek için tedbirler alınmıştır. Kasıtlı tasarrufların önüne geçmek için tedbirler alınmıştır. Kasıtlı tasarrufların önüne geçmek genellikle yapılmış olan tasarrufun batıl, fasid, mevkuf veya gayr-i lazım sayılması gibi tasarruf vasıflarıyla temin olunmuştur. Adı geçen vasıflar vasıtasıyla, doğabilecek zararlar ve nizalar önlenmiştir. Bu durumlarda tasarruf ya kökten geçersiz olur, ya zararının izalesi suretiyle geçerlilik kazanır ya da kişi zararı göze alıp fedakârlık yaparak akde rıza gösterir, böylece akid geçerli olur yahut da bu vasıftaki tasarrufları reddeder, böylece akid batıl olur. Bütün bunların neticesinde de tasarrufun zararı engellenmiş bulunur.

Kasıtlı tasarrufları engelleme tedbirlerinden biri de ölüm hastasının tasarrufunun kısıtlanmasıdır. Tasarrufta bulunan kişinin, ölümcül hasta bulunması sebebiyle kasıtlı tasarruf edebileceği ve böylece alacaklıların veya varislerin hakkına tecavüzde bulunacağı düşünülerek tasarrufları bazı kayıt ve şartlara bağlanmıştır. Bazı durumlarda tasarrufu geçerli, bazı durumlarda tasarrufu hak sahiplerinin icazetine bağlı (mevkuf), bazı durumlarda ise geçersiz (bâtil) sayılmıştır.

İslam Hukukunda "Hasta"denildiği zaman genellikle ölümcül hasta (maridu'l-mevt) anlaşılır ve ölüm hastalığından (maradu'l-mevt) bahsedilir.

Ancak, biz "hasta" ve "hastalık"ı sadece bu konuya tahsis etmek is-

---

(\*) S.Ü. İlahiyat Fakültesi, İslâm Hukuku Anabilim Dalı.

temiyoruz. Çünkü bedeni hastalıkların, İslam Hukukunun başka hükümlerini etkilemesi de söz konusudur. Meselâ bedenen hasta ve düşkün olanların bedenî cezaları ya te'cil edilir veya hafifletilir. Ayrıca hukuk konularını aşarak ibadet konularını da düşünce alanına koyduğumuz zaman "hasta" kavramının daha geniş sahayı kapsayacağı ortaya çıkar; Abdest alamayan veya abdest tutamayan abdestte hasta, namaz kılmaması ve oruç tutması haram olanı namaz ve oruçta hasta, bunları bedenen gereği gibi ifa edemeyeni yine bunlarda hasta, hacca gidemeyip bizzat ifa etmekten aciz olanı hacda hasta, evliliğin gereğini yerine getiremeyen hasta ve kusurluyu nikâhta hasta, bedeni cezayı gereği gibi uygulamaya müsait olmayana cezada hasta saymak gerekir.

## I. İBADETLERDE HASTA

### A. ABDEST'de HASTA

Abdestte hasta derken, abdest tutamama, kadınlara ait özel haller ve abdest alamama yada teyemmüm meseleleri akla gelir.

Bunları sırasıyla ele alarak abdestte hastanın hükümlerini belirlemeye çalışalım:

#### 1. Mazeret (özür) Halleri

##### (Abdest Tutamama Halleri)

Abdest tutamama diyebileceğimiz mazeret halini kaynaklarımız şöyle tarif eder:

Abdest bozucu herhangi birşeyin bir farz namazı vakti boyunca, vakit namazını kılabilen kadar bir zaman kesintiye uğramaksızın devam etmesi, sonraki namaz vakitlerinde de en az birer defa görülerek devam etmesi haline özür (mazeret) hali denir.

Demek ki abdest bozucu bir halin özür hali sayılabilmesi için bir namaz vakti boyunca devam etmesi, o vakit namazını kılabilen kadar kesintiye uğramaması ve sonraki namaz vakitlerinde de zaman zaman görülmesi gerekir. Bu şartları taşımayan abdest bozucu bir hal, özür (mazeret) hali sayılmaz.

Özür halini kendinde bulandıran kişiye özürlü (ma'zur, mazûre) denir.

Mesela sürekli kan gören kadın (müstehaze), sürekli burnu kanayan,

idrarını tutamayan, sürekli ishal olan, sürekli yelleme hali üzere bulunanlar, özürlü kişilerdir.

Yukarıdaki umumi tariften biraz farklı olarak malikilerin ön gördüğü husus şudur ki onlar özrü namaz vaktini tümünden kapsayan değil de namaz vaktinin yarısı veya çoğunu kapsayan hades hali şeklinde tarif eder. Yani malikilere göre özürlü kişi bir namaz vaktinin tümünde abdest tutamayan kişi değil, ilk olarak yakalandığı özrün o namaz vaktinin yarısında veya çoğunda devam ettiği kişidir. Bu kişinin bir namaz vakti boyunca mübtela olduğu özrünün devam etmesi şart değildir (1).

Özürlü kişi her namaz vakti için yeniden abdest alır ve o abdest ile o namaz vakti boyunca dilediği kadar farz veya nafil namaz kılabilir. Çünkü Resulullah (S.A.S.) özürlü bir kimse olan Fatıma bt. Ebi Hubeyş hakkında şöyle demiştir.

توضئ لكل صلاة حتى يجيئ ذلك الوقت

"O vakit tamamlanıncaya dek her namaz için abdest al" (2) buyurmuştur.

Adı geçen hadisin lafzını esas alan Şafiiler her namaz vakti için değil, her farz namaz için ayrı abdest alınır, demişlerdir. Dolayısıyla bir namaz vakti içinde o vaktin farzı yahut farz kaza namazları veya nezredilmiş namazlar kılınacak olursa her birisi için ayrı ayrı abdest almak gerekir. Fakat o vakit içerisinde kılacağı nafil namazlar için ayrı ayrı abdest alması gerekmez (3). Ayrıca şafiiler özürünün, namaz kılmak için acele etmesini de şart koşarlar. Abdest alır almaz namaz için acele eder ve haricî şeylerle oyalanmazsa abdest bozucu halin o abdest ve namaza denk gelme ihtimalini azaltmış olur (4).

Özür halinin dışında başka bir abdest bozucu hal zuhur ederse vakit

(1) Mevsilî, el-İhtiyar li Ta'lîl'l-Muhtar, 1/30, Beyrut, 1975; Zuhaylî Vehbe, el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletuh, 1/291 vd. Dırmaşk, 1984; Cezîrî Abdurrahman, el-Fıkhu ale'l-Mezahibi'l-Erbaa, 1/103, Beyrut, 1972.

(2) Buharî, Vudû: 63; Ebû Davud, Taharet: 110, 112; Tirmizî, Taharet: 93; İbn Mâce, Taharet: 115; Müsned, 6/42, 204, 262.

(3) Dimyâtî, Muhammed Şata, Haşiyetu laneti't-Talibin, 1/74, Mısır, 1938.

(4) Cezîrî, a.e., 1/104.

çıkamamış bile olsa abdest bozulur ve yeniden abdest almak gerekir. Mesela sürekli kan gördüğü için özürlü sayılan kişi tuvalete gitse, tuvalete gitmesi sebebiyle abdesti bozulur,

Özürlü kişinin mest giymesi ve meshetme süresine gelince: Özürlü kişi eğer özrü'nün kesik olduğu zamanda abdest alarak mestini giymişse o mesti mukim ise 1 gün 1 gece, seferi ise 3 gün 3 gece meshedebilir. Ama özrü devam ediyorken abdest alıp giymişse o namaz vakti süresince meshedebilir. Mesela idranını tutamayan özürlü, birkaç dakika idrarı kesilse ve bu esnada abdest alıp mestini giyse artık o mesti 1 tam gün veya 3 tam gün meshedebilecektir (5).

Özürlü kişi, özrü kesilecek şekilde sargı sarsa, tampon yapsa, özür kaynağını sıksa ve böylece özrü'nün önüne geçecek olsa sağlam kişi gibi olur ve özürlü kişi hükümlerine tabi olmaz. Mesela sürekli yarası kanayan kişi yaranın üzerine sargı sarıp kanın sargıyı açacak şekilde akmasını engellese artık o kişi özürlü hükümlerine tabi olmaz ve abdest tabî olarak bozulduğu gibi bozulur, vaktin çıkmasıyla bozulmaz (6).

## 2. Abdest Alamama Halleri

İnsan, herhangi bir sebepten dolayı abdest alamama veya teyemmün yapamama durumuna düşebilir.

Abdest uzuvları yıkanamıyacak yada teyemmüm yapamayacak derecede yaralı veya hastalıklı olabilir. Bu durumda insanın üzerinden namaz sakıt olur mu, olmaz mı konusunda farklı görüşler ileriye sürülmüştür. Malikiler dışında diğer mezheblere göre böyle bir kişinin üzerinden namaz sakıt olmaz. Namazını o haliyle en kısa şekilde sadece farzlarını yerine getirerek kılar. Namaz içerisindeki vacib ve sünnetlerle meşgul olmaz. Abdest alamayan kişi bu şekilde namazını kıldıktan sonra abdest alma veya teyemmüm etme imkânı bulunduğu zaman namazını iade eder. Ancak abdest alamama durumu el ve ayakların kesikliği ve yanısıra yüzünün hastalıklı olması sebebiyle ise namazını iade etmez.

Namazının iade edilmesi görüşüne hanbeliler karşı çıkmışlardır. Onlara

(5) İbn Abidin, Reddu'l-Muhtar, 1/203, Beyrut Ts.

(6) Dimyâti, lâne, 1/74; İbn Abidin, a.e., 1/204.

göre namazını eda etmiş olan bir kimsenin artık namazını iade etmesi gerekmez. Çünkü: Teyemmün ayeti gelmeden önce Hz. Aişe ödünç almış olduğu gerdanlığı seferde kaybetmiş, Peygamberimiz (S.A.V.) gerdanlığın bulunması için adamlar göndermişti. Onlar gerdanlığı aramakta iken namaz vakti gelmiş bulunuyordu. Yanlarında su da yoktu. Namazlarını abdestsiz kıldılar. Sonradan durumlarını Resulullah (S.A.V.)'a arzettiler. Bunun üzerine teyemmüm ayeti nazil oldu (7).

Malikilerde ise, her ne kadar ihtilafı da olsa, hakim görüş namazın sakıt olduğu görüşüdür. Buna göre abdest alamama yada teyemmüm yapamama halinde insanın üzerinden namaz tamamen sakıt olur. Namaz sakıt olunca da sonradan kaza vs. gerekmez. Dolayısıyla o insan namaz borçlusu olmaz (8).

Abdest alamama ve teyemmüm bile yapamama haline ait görüşler ufak- tefek farklılıklarla birlikte esas olarak yukarıda arzettiğimiz gibidir.

## B. NAMAZ'DA HASTA

Namaz konusundaki hastalığı iki yönden ele alacağız: Namaza engel olan kadınlara mahsus haller ve namazdaki kıyam, ruku, sucûd gibi erkânı yerine getirememeye halleri.

Bu hallerin her ikisini de namaza mani hastalık olarak değerlendiriyoruz. Dolayısıyla bu hallere maruz kalanlar namaz konusunda hasta sayılırlar. Şimdi bunları sırasıyla ele alalım.:

### 1. Kadınlara Mahsus Hallerde Namaz:

Kadınlar erkeklerden farklı olarak bazı özel hallere maruzdurlar ki o haller ay hali (hayız) ve lohusalık (nifas) halidir.

Hayız bayanların 9 yaşından sonra genellikle ayda birkaç gün gördükleri kanama halidir. Sinn-i iyas denilen hayızdan kesilme (ümitsizlik) yaşına kadar belli aralıklarla kan görme (hayız) hali kendine mahsus bazı hükümleri beraberinde getirmektedir.

Hayızın en az ve en fazla süresi hakkında hanefiler 3-10 gün, şafii ve hanbeliler 1-15 gün, malikiler ise ibadetler için 0-15 gün, iddetler için 1-15

(7) Müslim, Hayz: 109.

(8) Zuhaylî, el-Fıkhü'l-İslami, 1/451 vd.

gün tesbit etmişlerdir. Bu sürelerin dışındaki kanama halleri istihaze (özür) halidir ve az önce anlattığımız hükümlere tabidir.

Lohusalık (nifas) hali ise doğumu takiben karşılaşılan kanama halidir ki normal doğum, çocuğun düşmesi veya ameliyatla doğum (sezeryan) durumlarında görülür. Lohusalığın en azına bir zaman sınırı konmamıştır. Azami sınırında ise hanefi ve hanbeliler 40 gün, diğer iki mezheb 60 gün demişlerdir. Hayız ve nifasla ilgili sürelerin dışındaki kanama halleri mazeret hali olup yukarıda arz edilen hükümlere tabidir.

Gerek hayız hali ve gerek nifas hali aynı hükümlere tabidir:

Namaz, oruç gibi bedeni ibadetleri yapamazlar, camiye giremezler, mescide girememe sebebiyle tavaf yapamazlar, kocalarıyla münasebette bulunamazlar. Kur'an okuyamazlar ve Kur'an'ı ellemezler. Oruçları sonradan güne gün kaza ederler, namazları ise kaza etmezler. Çünkü namaz kökten onlardan sakıt olur. İlgili ayet ve hadisler şunlardır: *ويستلوك عن المحيض*

قل هو اذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن

فاذا تطهرن فأتوهن من حيث امركم الله إن الله يحب التوابين ويحب المتطهرين

"Sana hayız halini soruyorlar. De ki o eziyet (veren bir pislik)tir. Onun için hayız zamanında kadınlarınızdan ayrılın (münasebette bulunmayın) ve temizlenene kadar onlara yaklaşmayın. İyice temizlendikten sonra Allah'ın size emrettiği (mübah ve helal) yerden onlara varın (münasebette bulunun). Şüphesiz ki Allah çok tevbe edenleri de sever, pisliklerden tertemiz temizlenenleri de sever" (9).

Fatıma bt. Ebf Hubeys, Resulullah (S.A.S.)'a geldi ve sürekli kanama halinden şikâyet etti. Resulullah (S.A.S.) ona: "Bu bir damardır. İyi bak, ay halin geldiğinde namaz kılma, ay halin geçtiğinde temizlen (gusül yap) sonra ay halinden öteki ay haline kadar namaz kıl" buyurdu (10).

Yine aynı kadın bir başka seferinde Resulullah (S.A.S.)'a geldiğinde,

(9) Bakara: 222.

(10) İbn Mace, Taharet: 115.

Ya Resulallah ben istihazeli bir kadını, temiz olamıyorum, namazı terkedeyim mi", diye sorunca Resulullah (S.A.S) "Hayır, bu bir damardır, hayız değildir. Hayızla karşılaştığında namazı terket, hayız geçtiğinde (süresi dolduğunda devam eden) kanı kendinden temizle ve namaz kıl" (11).

Başka bir hadis-i şerifte Resulullah (S.A.S.): İstihazeli kadın, hayız günlerinde namazı terkeder, sonra yıkanır ve her namaz için abdest alır, oruç tutar ve namaz kılar (12) buyurmuştur.

Yine istihazeli olan Hamne bt. Caş'a (bazı rivayetlerde Ümmü Habibe bt. Caş) Resulullah (S.A.S. ) benzeri tavsiyelerde bulunmuştur. Rivayete göre Hamne Resulullah (S.A.S.)'a gelmiş ve

"Ben görülmedik şekilde aşırı kan hali görüyorum," deyince Resulullah (S.A.S. ) ona, kanı durdurması için pamuk koymasını tavsiye etti (13).

Kadın hayızlı iken namaz kılacaktır şeklindeki görüşler, hadisler göz önünde bulundurulmadığı için ortaya çıkmış olup hadisler karşısında son derece yanlış ve batıl görüşlerdir. Hadislerin teşride etkili görülmemesi insanı benzer yanlışlıklara götürür.

## 2. Namazı Kılamama Halleri

İnsan sakatlık, hastalık veya kudretsizlik sebebiyle namazın kıyam, ruku, secde gibi bazı rükünlerini yerine getiremediği durumlarda adı geçen rükünler aslî şekilleriyle kendisinden sakıt olup yapabildiği kadarıyla uygulama yoluna gider. Bu gibi durumlar, namazı aslî şekli üzere kılma konusunda hastalık sayılır.

Bu hususta Resulullah (S.A.S. )'den nakledilen rivayetler şöyledir:

İmran b. Husayn anlatıyor.

Bende basur vardı. Resulullah (S.A.S.)'a namazı (nasıl kılacağımı) sordum. Buyurdu ki "Ayakta kıl, yapamazsan oturarak kıl, yapamazsan yan üstü kıl" (14).

(11) a.y.

(12) İbn Mâce, Taharet: 115.

(13) a.y. Benzeri rivayetler için Bkz. Ebû Davud, Taharet: 107, 109, 112, 114; Nesâî, Talak: 74, Taharet: 134, Hayz: 4-5; Dârimî, Vudû 84, 88, 94, 97; Müsned, 6/129, 323, 420, 464; Dârekutnî, Sünen, 1/206-208, Kahire, 1966.

(14) İbn Mâce, İkametu's-Sala: 139; Darekutni, Sünen, 1/380.

Ya'la b. Ümeyye anlatılır: Resulullah (S.A.S.) ile bir yolculukta iken nihayet dar bir yere geldik. Üstümüz gök (yağmur), altımız (yer) ıslaklık (su birikintisi) idi. Namaz vakti de gelmişti. Resulullah (S.A.S.), müezzine emretti. Müezzin ezan okudu, kamet getirdi, ya da ezan okumaksızın kamet getirdi. Sonra Resulullah (S.A.S.) öne geçti ve bineğinin üzerinde namaz kıldırdı. Biz de O'nun arkasında bineklerimiz üstünde namaz kıldık. Resulullah (S.A.S.) secdesini rukûundan daha inik (eğik ) yaptı (15).

Yukarıda arzedilen hadis-i şeriflerde de görüldüğü gibi hastalık, sakatlık veya zarurettten dolayı namaz ta'dil-i erkân üzere kılınmadığı zamanlarda îma (işaret) ile kılınır.

Namazda kıyamda duramayan kimse namazı oturarak kılar. Oturduğu yerden rukû ve secde yapar. Rukû için az eğilir, secdeyi de normal olarak yapar. Secdeye de eğilemiyorsa o zaman secdeyi de îma ile yapar. Bu durumda rukû için eğildiğinden daha fazla eğilerek secdeyi yapar. Oturarak da kılamiyorsa yatarak kılar. Yatma şekli sırt üstü olacaksa ayakları kibleye gelecek şekilde yatar. Yani sırt üstü yatan bu insanı ayağa kaldırdığımızda yüzü kibleye gelecek şekilde yatmış olacaktır. Fakat yatma şekli yan üstü yatarak olacaksa o zaman da yüzü kibleye gelecek şekilde yatacaktır. Yatarak namaz kılacak olan kişi başı ile îma ederek namazını kılar. Başı ile dahi îma edemeyecek olan kişi ise hanefilere göre namazını te'hîr eder. Diğer mezheblere ise kalben ve zihnen kirpikleriyle imalar yaparak kılar, demişlerdir (16).

### C. ORUÇ'ta HASTA

Oruç konusunda hastadan kasıt, her ne sebepten olursa olsun oruç tutamayan kişilerdir. Sebebi ne olursa olsun oruç tutamama hallerini oruçta hastalık olarak takdim edeceğiz.

Oruç konusunda hastalık halleri, bu konuda zikredilebilecek özellikleri kendinde bulunduran oruç engelleridir ki kadınlara mahsus haller, bedeni hastalık ve yaşlılık olarak tesbit edebiliyoruz. Bu hallerde açıkça görüldüğü

(15) Darekutnî, a.e., 1/380-381.

(16) İbn Kudame, el-Muğnî, 1/443 vd. Beyrut, 1985; Şafiî, el-Ümm, 1/81 vd. Beyrut, 1973; Şeybânî Muhammed, el-Asl, 1/206 vd. Beyrut, 1990; İbnu'l-Cevzî Ebu'l-Ferec Cemaluddin, Kitabu Ahkâmî'n-Nisa, s. 62, Beyrut, 1988; Nevevî, Ravdatu't-Talibin, 1/339 vd. Beyrut, Ts. el-Mecmû, 4/309 vd. Dâru'l-Fikr, Ts. Kaffal Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed eş-Şâfi, Hilyetu'l-Ulema, 2/220, Amman, 1988.



gibi kadınlara mahsus hallerde oruca engel sebep, dinidir ama diğer hallerde maddi ve bedendir. Bunların birincisinde oruç tutamama mecburi olmakla birlikte diğerlerinde ihtiyaridir.

Şimdi bunları tek tek ele alalım:

### 1. Kadınlara Mahsus Hallerde Oruç

Oruç tutmaya engel olan kadın halleri ay hali ve lohusalıktır. Bunların mahiyetleri daha önce anlatılmıştır. Burada sadece oruca etkilerinden bahsedeceğiz.

Ay hali veya lohusa olan kadınların oruç tutması haramdır. Bu hallerde kadınların oruç tutmalarının haram olduğu konusunda icma vardır. Ancak oruç bu hallerde kadınlardan kökten sakıt olmamakta, yine üzerlerinde borç olarak devam etmekte, sonradan güneşin kaza edilmesi gerekmektedir. Yani ay hali ve lohusalık kadınlara orucu te'hîr ettirmekte, kadınların sorumluluklarını sona erdirmemektedir. Bu hükümler hadislerde açıkça beyan edilmiştir:

Hz. Aişe anlatıyor:

Biz Resulullah (S.A.S.) zamanında ay haline tutulurduk. Bize orucu kaza etmemiz emrolunurdu fakat namazı kaza etmemiz emrolunmazdı (17).

Ebû Saidi'l - Hudrî naklediyor:

Bir bayram günü (kurban veya ramazan ) Resulullah (S.A.S.) musallaya çıktı. Yolu kadınlar cemaatının yanından geçti Onlara:

"Kadınlar cemaati! Tasaddukta bulununuz. Çünkü bana cehennemliklerin çoğunun sizden olduğu gösterildi" dedi.

Kadınlar, Neden Ya Resulullah, deyince "Çok lanet ediyorsunuz ve kocalarınıza karşı nankör davranıyorsunuz. Akıl ve dini eksik olanlardan hiçbirinin akıllı (ve titiz) bir kimseye sizin kadar baskın çıktığını görmedim" buyurdu. Kadınlar; Ya Resulullah akıl ve dinin eksikliği nedir"? diye sorunca da Resulullah (S.A.S.) şöyle buyurdu:

"Akıl eksikliğini dersenez; İki kadının şahitliği bir erkeğin şahitliğine

denktir. İşte aklın noksanlığı budur. Kadın günlerce namaz kılmaz, (o günlerde) ramazan orucu tutmaz. Dinin eksikliği de budur" (18).

## 2. Hastalık Sebebiyle Oruç Tutamama Hali

Konumuzla ilgili olan ayet-i kerimelerde (Bakara: 184-185) açıkça".. İçinizden hasta olan veya yolculukta bulunan kimse tutamadığı günler sayısınca diğer günlerde tutar..." denilmektedir.

Söz konusu ayetlerden hareketle denebilir ki oruç tuttuğu takdirde hastalığı artacak veya iyileşmesi gecikecek olan kişi oruç tutmaz, sonradan güne gün kaza eder.

Tefsir kaynakları bu noktada önemli bir ihtilaf nakletmemektedir. Oruç tutmayı mübah kılan hastalığın ya ne suretle olursa olsun oruç tutmaktan aciz kılan, ya da oruç tutulduğu zaman zorluk ve zarara maruz bırakan hastalık olduğu konusunda umumi kanaat mevcuttur. Bu umumi kanaatin dışında kaynaklarımız dikkat çeken bir ismin ihtilafını verir: Muhammed b. Şirin, oruca doğrudan engel olsun veya olmasın insana acı çektiren her halden dolayı oruç tutmamak caizdir, demiştir. Ona göre bu acı için de bir seviye mevcut değildir. Benzeri bir kanaati bir başkasından duymamaktayız (19).

## 3. Yaşlılık Sebebiyle Oruç Tutamama Hali

Konunun başında verilen Bakara: 184. ayette"oruca dayanamayanlar, bir miskini doyuracak kadar fidye verir..." denilmekteydi.

Bu ayetin ifadesine göre oruca dayanacak durumda olmayanlar, sonradan güne gün kaza etme imkanları da yoksa fidye verip oruç borcundan kurtulurlar. Oruca dayanamayan ve kaza etme imkânı da olmayan kimseler denilince akla ilk önce pîr-i fanî denilen yaşlılar gelir.

Yaşlılar oruç tutup tutmamada serbesttirler. Ama oruca çok zor tahammül edecekler veya tahammül edemeyecekler ise oruç tutmazlar ve onun her günü için bir fidye verirler. Fidyeye sabah-akşam doyacak kadar gıda maddesidir.

(18) Buharî, Hayz: 6; Müslim, İman: 132; Ebû Davud, Sünnet: 15; Tirmizî, İman: 6; İbn Mâce, Fiten: 19; Dârimî, Vudû: 104; Müsned, 2/374.

(19) Bkz. Kurtubî, Tefsir, 2/276; İbnü'l-Arabi, Ahkâm: 1/77; Tahavî, Ebu Ca'fer, el-Muhtasar, s. 55, Beyrut, 1957.

Yaşlı kimsenin oruç tutmayıp onun yerine fidye vereceği konusunda da herhangi bir ihtilafı karşılaşmamaktayız (20).

### D. HAC'da HASTA

Haccını ifa edemeyecek derecede düşkün olan kimseleri hac konusunda hasta kabul ediyoruz.

Haccın, atlatılması mümkün görünmeyen düşkünlük halleri sebebiyle bizzat mükellef tarafından ifa edilememesi, hacda hastalık halleridir. Bunun da sebebi bedenî bir hastalık veya aşırı yaşlılık olabilir. Bu kişiler başka birisini vekil tayin edip onlara kendi namlarına hac yaptırırlar ve böylece hac sorumluluğundan kurtulurlar. Fıkıh kaynaklarında bu mesele "Niyâbeten Hac" başlığı altında işlenir.

Hac konusunda başka hastalıklar da var: Kadınların özel hallerde tavaf yapamamaları ve şeytan taşlayamama hali

Buna göre hac konusunda hastalığı üç başlık altında ele almamız gerekiyor:

#### 1. Niyâbeten Hac.

Hac ibaretini bizzat ifa etme gücünü bedenlen kendisinde bulamayan ve daha da bulamayacağını bilen kişiler kendi adlarına başkalarını gönderip hac ettirebilirler. Başkası namına hac etmeye niyâbeten hac veya hacc-ı bedel denilir.

Niyâbeten haccın caiz olduğu konusunda ufak-tefek teferruat ihtilafı bir tarafa bırakılırsa icma hasıl olmuştur.

Başkasını kendisi namına hacca gönderebilmek için kendisinin, bizzat hacetmesi mümkün olmamalı veya bu hususta umumî kanaat olmalıdır. Ayrıca bizzat hacca engel olan hastalık veya yaşlılığın sürekli olması da fakahanın çoğunluğunun ileri sürdüğü bir şarttır. Bedenen düşkün yahut hasta olup bizzat hac yapmaya ümidi olmayanlar hac konusundaki "hasta"yı oluşturmuş olurlar.

Niyâbeten haccın nass'dan delili hadis-i şeriflerdir:

Bir kadın, Resulullah (S.A.S.)'a gelerek: "Ya Resulallah, babam düşkün bir yaşlı iken hac emri gelip çattı. Öyle düşkündür ki hayvammın üzerinde sırtını doğrultamıyor", deyince Resulullah (S.A.S.)

فحجى عنه

"Onun namına haccet" buyurdu (21).

Yine bir başka kadın "Annem haccetmeyi adamıştı. Fakat hac yapamadan öldü. Onun namına hac yapayım mı?" diye sorunca Resulullah (S.A.S.)

نعم، حجى عنها، أ رأيت لو كان على أمك دين أكنت قاضيته.

أقضوا الله فالله أحق بالوفاء

"Evet, onun namına hac yap. Annenin üzerinde bir (kul) borcu olsaydı sen ödemeyecek miydin? (Öyleyse) Allah'ın borcunu ödeyin, çünkü Allah, borcu ödenmeye daha çok layıktır" (22).

## 2. Tavaf'ta Hasta

Haccın tamamında değil de tavaf yapacağı sırada tavafa bir engelle karşılaşabilir. Bu engel de bazan tavafı haram kılacak derecede olduğu gibi bazan tavafı bedenen yapamayacak derecede hasta olabilir veya sakat düşebilir. Bu bakımdan tavaf konusundaki hastalık hallerini iki noktadan ele alacağız:

### a. Tavafı Haram Kılan Hastalık

Bu hal, diğer bedeni ibadetlerde olduğu gibi kadınlara mahsus haldir. Kadın haccın bütün erkân ve ibadetlerini yaptığı halde özel hallerinde sadece tavafı yapamaz.

Ay hali veya lohusalık halinde kadının tavaf dışındaki amelleri yapması caizdir. Çünkü haccın tavaf dışındaki amelleri mescid dışında geçmektedir. Tavaf ise Mescid-i Haram içerisinde icra edilmektedir. Bu bakımdan za-

(21) Buhari, Hacc: 1, Sayd: 22-24, Meğazî: 77, İsti'zân: 2; Ebu Davud, Menâsik: 25, Vesâyâ, 12; Tirmizî, Hacc: 54, 83-84; Nesâî, Zekât: 31, Hacc: 2, 8-14 İbn Mâce, Menâsik: 9-10; Dârimî, Menâsik: 23-24; Muvatta, Hacc: 97...; Müsned, 1/14, 25.

(22) Buharî, Sayd; 22, İ'tisam: 12; Müslim, Siyam: 157; Tirmizî, Hacc: 85; Nesâî, Hacc: 7; Darimî, Savm: 49, Nuzûr: 1...

manımızda sa'yi de tavafa ilhak edip kadın onu da yapamaz demek gerektiği kanaatindeyiz. Bu yönden düşündüğümüz zaman özel hallerinde kadının tavaf yapamaması bizzat tavaf yapamaması sebebiyle değil, özel hallerinde kadının camiye girememesi sebebiyledir, diyebiliriz. Yani tavaf ve sa'y da diğer hac amelleri gibi mescid dışında yapılan ameller olsaydı, kadın özel halinde bile tümünden haccı yapabilir durumda olurdu. Netice olarak diyebiliriz ki kadının özel hallerde tavaf yapamamasının esas sebebi özel halinde kadının camiye girememesidir.

Kadın, farz olan tavaf (ziyaret veya ifada)'tan önce hayız olmuşsa, tavafa varıncaya kadarki bütün hac amellerini yapar, tavafı erteler. Özel hal geçince gusleder ve tavafını yapar. Zaten zamanımızda hac uygulamalarında bu durumdaki kadınlara yönelik imkânlar verilmektedir.

Kadın farz olan tavafı yaptıktan sonra ay hali görmüşse ve bu halde iken Mekke'den ayrılacaklarsa, kadının üzerinden tavaf-ı sader (veda tavafı) sâkit olur ve kadın tavaf-ı saderi yapmadan Mekke'den ayrılır.

Rivayetlere göre Hz. Aişe hac esnasında ay hali görmüş, Resullullah (S.A.S.) ise ona bir hacının yapması gereken (bütün) amelleri yapmasını söylemiştir (23).

Yine annelerimizden Hz. Safiye hac esnasında hayız olmuş, durum Resulullah (S.A.S.)'e bildirilince "O bizi ala mı koyacak?" buyurmuş, cevaben "Ya Resulullah o, bayramın birinci günü tavaf yapmış; dediklerinde Resulullah (S.A.S.) "Öyleyse (bizimle) yola çıksın" buyurmuş ve ona fidye vb. emretmemiştir (24). Yani Hz. Safiye'den tavaf-ı sader sâkit olmuştur.

### **b. Tavafı Bedenen Yapamama Hali**

Bedenen hasta veya güçsüz bulunan kişiler, tavafı herhangi bir vasıta ile Ka'be'nin etrafında 7 defa dolaşmak suretiyle yaparlar. Sa'y'da da durum aynıdır. Vasıtanın insan sırtında gitmek, hayvanla gitmek suretiyle veya mekanik olması farketmemektedir. Zamanımızda bu işle görevli hamallar mevcut olup düşkün ve hasta kişilere görevliler sal üzerinde tavaf yaptırmaktadırlar. Aynı şekilde sa'y için de tekerlekli el arabaları (oturaklar) vardır.

(23) Müslim, Hacc: 119-123.

(24) Müslim, Hac: 382-386.

Tavaf veya sa'yın vasıta ile yapılabilmesi için tavaf ya da sa'y yapan kişilerin hasta veya güçsüz olmaları şart değildir. Sağlam olanlar da vasıta ile bu amelleri yaptıkları takdirde amelleri sahih olur. Nitekim Resulullah (S.A.S.)'in deve üzerinde tavaf ettiği hususu rivayetler arasında vardır (25). Bununla birlikte Resulullah (S.A.S.)'in deve üzerinde tavaf yapışını ona mahsus hükümler cümlesinden sayıp ilgili diğer rivayetlere bakarak vasıta ile tavafı sadece düşkünlük haline ait kabul edenler olmuştur. Bu görüşe göre sağlam olanlar yürüyerek tavaf yapmak mecburiyetinde olurlar (26).

### 3. Şeytan Taşlayamama Hali

Şeytan taşlayamayacak derecede hasta olan kişi kendi adına taş atmak üzere başka birini vekil tayin eder ve vekil onun namına taş atar. Hasta iyileşecek olursa o taşları tekrar atması gerekmez. Ancak özellikle Medine fakahası hasta iyileştikten sonra taşları yeniden atar, görüşündedir (27).

## II. TASARRUFLARDA HASTA

Tasarruflar, muameleyi yapan tarafın hasta olup olmamasından etkilenir.

Tasarruflarda hastadan maksat kişinin bedenlen hasta olabileceği tüm hastalıklar değildir. Bunun içerisinde, kişinin kasıtlı davranıp hak sahiplerinin hakkını alakoyması ve istismar etmesi imkânını verenleri kastedilir. Bu bakımdan ticârî muamelelerdeki hasta ve hastalığı iyi tanımlamak gerekmektedir.

### A. TASARRUF'da HASTA ve HASTALIK

Tasarruflarda hastalık, ölüm hastalığı (maradu'l-mevt), hasta da ölümcül hasta (marîdu'l-mevt) adıyla söz konusu yapılır. Dolayısıyla biz de bu bahsin sonuna kadar hep aynı ifadeyi kullanacağız.

Maradu'l-mevti kaynaklar ufak tefek ifade farklılığıyla ama aynı özellikleri söz konusu yaparak tarif ederler.

Maradu'l-mevt, kişinin ölüm korkusu içerisinde bulunduğu ve neticede

(25) Buhari, Hacc: 74; Müslim, Hac: 253-258.

(26) Buhari, Hacc: 74; Askalanî, Fethu'l-Bârî, 3/490, Bs. yeri yok, Ts. el-Mektebetu's-Selefiyye; İbn Dakîk el-İyd, İhkâmü'l-Ahkâm, 2/88, Kahire, 1987.

(27) Şeybânî, el-Huccetu ala Ehli'l-Medîne, 2/417 vd. Beyrut, 1968.

de öldüğü her haldir. Böyle bir hal bulunan kişiye de marîdu'l-mevt (ölümcül hasta, ölüm hastası) denir.

Tarifi biraz açmamız, daha iyi anlaşılması açısından iyi olacaktır:

Herşeyden önce ölüm hastalığı sadece bir hastalık değil, hastalıklarla beraber aynı etkiyi gösterecek diğer durumlar da ölüm hastalığına dahildir. Yani ölüm hastalığına ait özellikleri kendinde bulunduran bütün durumları kapsamaktadır. Buna göre biz ilgili özellikleri belirttikten sonra bunları ilgili hallerde görmeye çalışacağız.

· Bir hastalığın veya halin ölüm hastalığı olabilmesi için;

-Ölüm korkusuna düşürmesi, bir başka ifade ile o hastalığın çoğunlukla ölümle neticelenmesi,

-O hastalık neticesinde kişinin ölmesi özelliklerinin bulunması gerekir.

Bir hastalık genellikle ölümle sonuçlanıyorsa o kişiyi ölüm korkusu saracak demektir. Bu şekilde kişinin ölüm korkusu içerisinde bulunması o kişiyi hukûken "ölüm hastası" kılar. İkinci özellikte de görüldüğü gibi kişi ölüm korkusu içerisine düşer de neticede ölmezse o kişi ölüm hastası sayılmaz. Dolayısıyla o kişinin hasta durumda iken yaptığı tasarruflar, ölüm hastasının tasarrufu gibi olmaz.

Mecelle, ölüm hastasını tarif ederken şu ifadelere yer vermektedir:

"Maraz-ı mevt ol hastalıktır ki ekseriya onda ölüm korkusu olduğu halde hasta zükûrdan ise hanesi haricinde ve inasdan ise hanesi dahilinde olan mesalihini görmekten âciz olup bu hal üzere bir sene mürûr etmeden vefat eyleye; gerek sahib-i firaş olsun ve gerek olmasın. Ve eğer marîzin marazı mümted olup da daima bir hal üzere bir sene geçerse ol marîzin marazı müştet ve müteğayyir olmadıkça sahih hükmünde olup tasarrufatı, sahihin tasarrufatı gibidir. Amma marazı müştet ve hali müteğayyir olup da bir sene geçmeden vefat ederse vakt-i teğayyurdan itibaren vefatına dek olan hali maraz-ı mevt addolunur" (28).

Mecelle'nin tarifine göre bir hastalığın ölüm hastalığı olması için;

-Ölüm korkusu vermesi

- Asli görevleri yapmaya engel olması,
- Artarak devam etmiyorsa en fazla bir sene sürmesi
- Daha fazla sürmüşse günbe gün artması
- Ve nihayetinde öldürmesi, gibi şart ve özellikleri kendisinde bulundurması gerekiyor. Hastanın yatalak olup olmaması önemli değildir.

Mecelleğ'in ölüm hastalığı için kabul ettiği şartları zamanımız açısından değerlendirdiğimiz takdirde bunların değişebileceğini ve daha önce arzettiğimiz iki şarta indirgememiz gerektiğini görürüz.

Zamanımızda bazı öldürücü hastalıklar vardır ki hasta son ana kadar kendi işini görebiliyor, artması veya azalması söz konusu olmayabiliyor, bir seneden fazla da sürebilir. Mesela kanser veya aids hastalıkları iyi tedavi edildiği takdirde hastanın ölümü epeyce gecikebiliyor ve bu haldeki hastalar az çok kendi görevlerini ifa edebiliyorlar. Kalp hastalarını da örnek olarak zikredebiliriz. Dolayısıyla çağdaş hukukçuların genellikle yetindikleri şartları ölüm hastalığı için yeterli şart görmemiz gerektiği sonucunu varıyoruz ki o da hastanın ölüm korkusu içerisinde bulunması ve hastalığın ölümle sonuçlanmasıdır (29).

Başta verdiğimiz tarifte sadece hastalık halini değil de hastalık özelliklerini kendinde bulunduran her hali maradu'l-l mevt olarak aldık. Ölüm korkusu veren ve ölümle sonuçlanabilen diğer haller de kaynaklarda maradu'l-lmevt'e ilhak edildiği için tarifi onu da ifade edecek şekilde yaptık. Maradu'l-lmevt'in bir konu olarak kaynaklarda yer almasının sebebi, hastanın nasıl olsa öleceğim düşüncesiyle başkasının hakkını istismar etmemesi ve engeller konması olduğuna göre, insanın ölüm korkusuyla istismarda bulunabileceği bütün halleri maradu'l-lmevt cümlesinden saymak tabî karşılanmalıdır.

Hukukçularımız tarafından maradu'l-lmevt cümlesinden sayılan haller şunlardır:

(29) İbn Kudame, el-Muğnî, 6/108 vd. Çağdaş değerlendirmeler için bkz. Numan Abdurrezzak es-Sâmerrâî, Maradu'l-Mevt ve Ahkâmuhu fi'l-Muâmelât, Mecelletu'l-Buhûsi'l-Fıkhiyye el-Muâsıra, Sa: 17, 1413, s. 8-59; Enver Mahmud Debûr, Mâhiyetu Maradil-Mevt ve Te'siruhu fi't-Tasarrafâti bi-Sifetin Âmmæ, Mecelletu'ş-Şerâti ve'l-Kanûn, Sa: 8, 1408, s. 80-81.



### 1. Kıyasıya dövüşme hali:

Savaşın kızışması ve tehlikeli bölgede bulunma yada herhangi bir düşmanla kıyasıya dövüşme. Savaşta iki ordu birbirine dek durumda ise yada asker mağlup konumundaki tarafta bulunuyorsa, can tehlikesi ile karşı karşıya bulunan bu asker ölüm hastasıdır. Savaş hali dışında herhangi bir sebepten dolayı birisiyle kıyasıya dövüşme hali de maradu'l-mevt cümlesindedir.

2. Esirleri genellikle öldürmeyi adet edinmiş bir yerde esir bulunma hali.

3. Denizde yolculuk yaparken, vasıtanın alabora olup batması hali. Bu esnada vasıtada bulunanlar ölüm hastasıdır.

4. Yaygın şekilde insan ölümüne sebebiyet veren bir vebanın çıktığı yerde karantina halinde bulunma.

5. İdamına karar verilmiş olma hali. İdamına karar verilmiş insan ölüm hastasıdır.

### 6. Hamilelik hali.

Hamilelikte de kadını ölüm korkusu sarar. Ancak cumhur, doğum sancısının başladığı andan itibaren hamileyi ölüm hastası sayar. İmam Malik'in aralarında bulunduğu azınlık fukaha hamileliğin altıncı ayından itibaren hamileyi ölüm hastası kabul eder.

### 7. Yırtıcı hayvan pençesine düşme hali (30).

Ölüm hastalığına ilhak edilen haller, tabii ki bu hallere mühnasır kalmaz. Kişinin ölüm korkusunu yaşadığı uçak kazası, sele kapılma, yıkılmakta olan binada bulunma... gibi haller de aynı özellikleri taşımaktadır.

## B. ÖLÜM HASTASININ TASARRUFLARI

Ölüm hastası, yaşamaktan ümit kesmiş olacağından malları konusunda kasıtlı tasarrufta bulunmayı, böylece mirasçılarının veya alacaklılarının haklarını istismar etmeyi düşünebilir. İşte bu noktada İslâm Hukuku, ölüm hastasının

(30) İbn Kudame, Muğnî, 6/110 vd. Sâmerriâî, a.g.e., s. 60-65; Debûr, a.g.e., s. 82; Subhî Mahmasânî, en-Nazariyyetu'l-Âmme li'l-Mücebâtî ve'l-Ukûd fi'ş-Şerfati'l-İslâmiyye, s. 390, Beyrut, 1972.

istismara müsait olan tasarruflarına hacr (kısıtlama) koymaktadır. Neticede istismar konusu olmayan mutad tasarrufları geçerli olacak ama hakların kötüye kullanılması söz konusu olan tasarruflarında hak sahiplerinin hakları korunacak ve bu nevi tasarruflar genel olarak hak sahiplerinin icazet (onay)ine bağlı bırakılacaktır. Bu esasların yanısıra, kişinin malının 1/3 ini vasiyyet hakkının olduğu esas da tasarruflarda etkili olacaktır.

Adı geçen esaslar doğrultusunda ölüm hastalığının tasarruflarını şöyle özetleyebiliriz:

### 1. Ölüm Hastasının, Hiç Kimsenin İcazetine Bağlı Olmayan Tasarrufları

Hastanın malın aslına taalluk etmeyen, yani mâlî mübadele olmayan veya kendi beşerî ihtiyaçlarını gidermeye yönelik olan, terikeye zarar vermek gayesi bulunmayan tasarrufları hiç kimsenin icazetine bağlı olmaksızın geçerli olur. Adı geçen tasarrufları örneklendirecek olursak:

#### a. Nikâh

Ölüm hastasının birisiyle nikahlanıp evlenmesi kimseyi ilgilendirmeyen kendisine mahsus bir tasarruftur. Ölüm hastası ayrıca nikâh akdine, dolayısıyla bir eşe ihtiyaç duyabilir. Evlenmek insanın temel ihtiyaçları arasında bulunduğundan ölüm hastasının nikâh akdi yapma konusundaki tasarrufu mütad ve geçerli sayılmıştır. Nikâh akdinin geçerli olduğu konusu da umumi kanaat olmakla beraber İmam Mâlik'in böyle nikâhu geçerli saymadığını görüyoruz (31).

Böyle bir nikâhta hasta koca rayic bir mehir (mehr-i misil) vermişse bu mehir aynıyla geçerlidir (32). Fakat mehr-i misilden fazla vermişse fazla kısmı konusunda, vârislerin veya alacaklıların hakkına tecavüz söz konusu olduğundan vasiyet hükümleri uygulanır.

Bu hususta Hukûk-i Âile Kararnâmesi şöyle bir maddeye yer vermektedir:

(31) Sehnûn b. Abdisselam, el-Müdevvene'tul, Kübra, 2/246, Mısır, 1923; Ebul-Velîd b. Rüşd, el-Beyân vet-Tahsil, 4/373, 5/350 vd. Beyrut, 1988; Şeybânî, Hucce, 3/495 vd.

(32) Emir Padişah Muhammed Emîn, Teyâru't-Tahrîr, 2/278, Beyrut, Ts. Dâru'l-Fikr.

"Bir kimse maraz-ı mevtinde tezevvüc eylediği surette mehr-i müsemma zevcenin mehr-i misline müsâvî ise zevce onu terikesinden ahzeder. Ziyade ise fazlası hakkında vasiyet hükmü cereyan eder" (33).

Mehr-i misilden fazla olan kısmı hakkında vasiyet hükmü geçerli olduğuna göre o fazla kısım vasiyet hükümlerine göre karıya ödenmesi gerekiyor ödenir. Bu da fazla kısmın vasiyet sınırına varmaması yani terikenin 1/3'ini geçmemesi veya o sınırı aşıyorsa hak sahiplerinin (vârisler, alacaklılar) icazet vermesi şekillerinde gerçekleşmiş olur. Eğer bunu etkileyecek derecede bir varis veya alacaklı bulunmuyorsa yahut vârisler arasında sadece eş bulunuyorsa o mehrin tamamı geçerli olur.

#### b. Tedavi İçin Yaptığı Tasarruflar

Ölüm hastası elbetteki kendi malı ile tedavi yoluna gidecektir. Tedavi olmak amacıyla ilaç alış-verişi, doktor ücreti vb. için yaptığı sözleşmeler geçerlidir. Bunların geçerliliği için vârislerin veya alacaklıların icazeti lâzım değildir. Yeter ki hasta bu tasarruflarda kasıtlı davranmış olmasın.

#### c. İcare ve Ariyet (İâre) Gibi Tasarrufları

İcare veya ariyet, herhangi bir malın menfaatinin başkasına temlik şeklindeki akidlerdir. Gerek icarede olduğu gibi menfaat temlik bir bedel (ücret) mukabilinde olsun, gerek âriyette olduğu gibi bedelsiz olsun, malın aynı bâkî kaldığından bu sözleşmelerin vârislere zararı olmamaktadır, dolayısıyla ölüm hastasının menfaatin temlik şeklindeki tasarrufları hiç kimenin icazetine bağlı olmaksızın geçerli olmaktadır.

#### d. Şirket Adikleri

Ölüm hastasının, mallarını ortaklığa vermesi de vârislere zararı olmadığı için geçerli tasarruflar cümlesindedir. Hastanın ölmesinden sonra bu şirket malları varislerin mülküne geçeceğinden tasarruf hakları da onlara geçer. Neticede söz konusu şirket akdini varisler isterse devam ettirir, isterse feshederler.

#### e. Hulu' (Muhâlaa)

Hulu' yada muhâlaa, boşanmak isteyen kadının, kocasına mehrini ba-

ğışlamak karşılığında kocasının kendisini boşaması şeklindeki anlaşmaya denir. Böylece kadın kocasından alacağı mehirden vaz geçecek, buna karşılık da koca onu boşayacaktır.

Muhalaa, kadın ölüm hastası iken yapılacak olursa farklı sonuçlar ortaya çıkar. Çünkü muhalaa kadın tarafından kocaya yapılmış bir teberrudur. Teberru da varislerin haklarını etkilemesi sebebiyle ölüm hastalığından etkilenir. Muhalaa akdinin meydana gelişi ve geçerli oluşu konusunda hiç kimşenin icazeti vb. gerekli değildir. Çünkü muhalaa, talak cümlesinden olduğundan feshi mümkün değildir. Ancak muhalaa sonucu verilecek olan bedel ölüm hastalığından etkilenir.

Muhalaa bedeli hususunda şu hükümler söz konusu olur:

Kadın iddet beklerken ölürse kocasının üç durumu düşünülür: Mirasçılığı, muhalaa bedelini alışı ve 1/3'lik vasiyette hak sahibi oluşu. 1/3'lük vasiyette hak sahibi oluşunun sebebi ölüm hastası olan kadının muhalaasının vasiyet gibi değerlendirilmesidir. Buna göre koca adı geçen üç durumdan hangisine göre daha az mal alıyorsa o malı almaya hak kazanır. Çünkü İslâm Hukukunda mal iktisab ve istihkakı şüphe ve ihtimalden uzak kesin delil ve sebeplerle olur. Yukarıdaki üç ihtimalden şüpheden uzak olanı en az miktarda olanıdır.

Hasta kadın, iddetini doldurduktan sonra ölecek olursa o zaman kocasının varislik sıfatı ortadan kalkar. Bu takdirde de yukarıdaki üç durumdan ikisi kalır: 1/3'lik vasiyet ve muhalaa bedeli. Yani koca bu iki durumdan hangisine göre daha az alıyorsa onu almayı hak eder.

Kadın hastalıktan kurtulur ve iyileşirse o zaman "ölüm hastası" vasfı kendisinden kalktığı için miktarı ne olursa olsun sadece muhalaa bedelini öder.

Muhalaa koca ölüm hastası iken yapılacak olursa yine geçerli olur. Erkek açısından bedelin alınması ile ilgili ikili yada üçlü herhangi bir ihtimal söz konusu değildir. Çünkü bu durumda ölüm hastası mal almaktadır, varislerin hakkına tecavüzden öte onlara mal kazanmaktadır.

Muhalaa, mal karşılığında talak (talak alâ mal) şeklinde yani mehirden fazla bir bedel mukabilinde olursa muhalaa yine geçerli olur ancak mehirden fazla olan mal kısmı için farklı hükümler ortaya çıkar:

Ölüm hastası koca ise muhalaa bedeli ne olursa olsun kadın o bedeli ödemek durumundadır. Çünkü fazla bedel ödeyen kişi kadındır ve kadın ölüm hastası değildir, sağlamdır, dolayısıyla tasarrufu hangi bedelle olursa olsun nâfizdir. Aynı zamanda, kadın iddet içerisindeyken koca ölürse kadın mirasçı da olmaz.

Ölüm hastası kadın ise, mehirden fazla olan muhalaa bedeli teberrû olarak değerlendirilir. Buna göre; kadın iddet bekliyorken ölürse koca için iki durum söz konusu olur: Mirasçılık veya muhalaa bedelini almak. Koca bunlardan hangisi az ise onu alır. Bu hüküm, terikenin 1/3'i adı geçen bedeli ödemeye yetiyorsa böyledir. Çünkü hastanın teberruu vasiyet olarak mu'teber olur. Vasiyet de terikenin 1/3 inden geçerlidir. Terikenin 1/3 i söz konusu muhalaa bedelini karşılamıyor yani bedel 1/3'i aşıyorsa o zaman koca terikenin 1/3'i ve kocanın alacağı mirastan hangisi daha az ise onu almaya hak kazanır.

Yukarıda arzedilen hükümler, İslâm Hukukçularınca genellikle kabul gören temel hükümlerdir. Mezheplerin teferruatındaki bazı ihtilaflarına temas edilmemiştir.

## 2.Ölüm Hastasının İcazete Bağlı Olan Tasarrufları

Ölüm hastasının bazı tasarrufları varislerin veya alacaklıların zararına sonuç verebilir. Hastanın ihtiyaç duymadığı halde başkasının hakkına eksiklik getirebilecek tasarrufları o kimsenin icazetine bağlıdır. Bu tasarrufları da yine 1/3 lik vasiyet hakkı ile beraber düşündüğümüzde söz konusu tasarrufların terikenin 1/3 inden fazla olan kısmında hak sahiplerinin tasarrufu ibtal etme, kısıtlama veya kabul etme ihtimalleri ortaya çıkar.

### a. Hastanın yaptığı tasarruflar teberru kabilinden ise:

Teberru şeklindeki tasarruflar karşılıksız olur. Yani hasta bir mal verir ama karşılığında birşey almaz. Mesela hastanın başkasına mal hibe etmesi, vasiyette bulunması veya malını vakfetmesi teberru kabilinden tasarruflardır.

Adı geçen tasarruflar, hasta borca batmışsa hastanın teberru kabilinden olan tasarrufları alacaklıların icazetine bağlıdır. İcazet verilerse tasarruf nâfiz, vermezlerse batıl ve münfesihtir.

Ama terike borçları ödüyor ve geride mal artıyorsa yani borç terikeden az ise o takdirde borç terikeden tamamen ödenir. Borç ödendikten sonra artan

malın 1/3 ine kadar ki teberrular hiç kimsenin icazetine bağlı olmaksızın nâfiz olur. Teberru kabilinden tasarrufların, terikenin 1/3 inden fazla kalan kısmı varislerin icazetine bağlı kalır. Reşid bulunan varisler, terikenin 1/3 inden fazla olan teberru kabilinden tasarruflara icazet verilerse tasarruflar geçerli, vermezlerse batıl olur. Varisler içerisinde reşid olmayan yada icazet vermeyen olursa, tasarruf onların hakları ölçüsünde batıl, icazet verenlerin hakları oranında nâfiz olur. İcazet verilmesi halinde tasarrufun meblağının az veya çok olması hükümde değişiklik yapmaz.

Ölüm hastası borçlu olmadığı takdirde, teberru kabilinden olan tasarrufları sadece varislerin icazetine bağlıdır.

Adı geçen tasarruflar, varislerden birinin lehine yapılmışsa, bu tasarruf bedelinin terikenin 1/3 ini aşip aşmamasına bakılmaksızın diğer varislerin icazetine bağlı olur.

Eşinden başka varisi bulunmayan kişi tüm malını eşine vasiyet edebildiği gibi hiç varisi olmayan kimse, yine tüm malını herhangi birine vasiyet edebilir. Bu hüküm hazineyi varis saymayanların esaslarına göredir ki hanefiler bu sınıftandır. Ama şafiiler gibi hazineyi varis sayanlara göre adı geçen vasiyetler geçersizdir.

#### **b. Hastanın yaptığı tasarruflar muâvezâtan ise:**

Muâvezât kabilinden olan yani bedelli tasarruflar varislerin hakkına tecavüzü ihtiva etmediğinden yukardaki hükümlere tabi olmayıp nâfizdir. Muâvezât kabilinden olan tasarruflar bedelli yani bir tarafın karşı tarafa bir bedel vermesi karşından da yine bir bedel almasıdır. Bu bedelin menfaat (emek) veya bizzat mal olması önemli değildir. Bedel menfaat olursa sözleşme icare (kira), mal olursa sözleşme bey' (alış-veriş) olur. Karşılıklı bedellerin alınıp verildiği bu tür tasarruflara "mübedele" denir.

Bedelin menfaat olup ölüm hastası tarafından karşılıksız verilmesi (ariyet-iare) geçerlidir ve ilk bölümde ondan bahsettik. Bedel, mal olup karşılıksız verilmesi (teberru) şeklindeki tasarrufu da az önceki kısımda anlattık.

Ölüm hastasının mübedele şeklindeki tasarrufu geçerli ve sahihtir. Çünkü hasta bir bedel vermiştir ama karşılığında da bir bedel almış ve hak sahiplerini zarara uğratmamıştır. Ancak ölüm hastasının mübedele şeklindeki

tasarrufunda alacaklılar veya varisler aleyhine bir sui niyet ve istismar varsa o zaman hastanın yaptığı mübadele farklı vasfa bürünür ve hükmü farklı olur. Mesela ölüm hastası piyasaya uygun ölçülerde alışveriş yapmışsa bu alışveriş sahihtir ve hiç kimsenin icazetine bağlı değildir. Bu tür muamelelerde varisin veya alacaklının hukukuna tecavüz söz konusu değildir. Ama su-i niyetle kendisine ait bir malı çok ucuza satmış yada başkasına ait bir malı çok pahalıya satın almış (muhabat) ise normal değer in ötesindeki kısım için hak sahiplerinin itiraz hakkı vardır. Ölüm hastasının rayic mehirden çok fazla bir mehir vererek evlenmesi de aynı esas ve hükme tabi olup bu fazla kısımlar hakkında vasiyet hükmü cereyan eder.

Normal miktarın ötesinde kalan kısım ,terikenin 1/3'ünden az veya tam onun kadarsa tasarruf tünden geçerli olur. Çünkü ölüm hastası o kısmı hakkını kullanarak vasiyet etmiş sayılır, dolayısıyla varislerin icazetine ihtiyaç bulunmaz. Ama normal değer in ötesindeki kısım terikenin 1/3 ini aşıyorsa bu sefer sadece 1/3 i aşan kısım varislerin icazetine bağlı olur. Varisler isterse bu fazla kısmı iptal ettirirler veya tasarrufu olduğu gibi geçerli kılarlar.

Şimdiye kadar anlattığımız hükümlerde varislerin icazeti her nerede geçerli olduysa bütün o durumlarda icazeti verecek olanların reşid olmaları şarttır. Çünkü normal değer in ötesindeki mübadeleye icazet vermek hak sahipleri açısından bir teberru ve fedakarlıktır ki teberruların sahih olması için rüşd şarttır.

Zahiriyye mezhebi ölüm hastasına mahsus hüküm ve kısıtlamaları kabul etmeyip ölüm hastasının tüm tasarruflarını aynen sağlam insanın tasarrufu gibi nafiz sayar (34).

Ölüm hastasının tasarrufuyla ilgili genel bilgi ve hükümleri takdim ettikten sonra bazı tasarruflarını tek tek söz konusu yapmamız gerekmektedir.

(34) Ölüm hastasının tasarruflarının genel hatları için bkz. Sâmerriâi, a.g.e., s. 68 vd. Debûr, a.g.e., s. 85 vd. Mahmasânî, en-Nazariyyetu'l-Âmmeh, s. 391 vd. Zerka Mustafa Ahmed, el-Medhal, s. 805 vd. Dımaşk, 1968; Ebû Zehra Muhammed, el-Mülkiyyetu ve Nazariyyetu'l-Akd, s. 362 vd. Daru'l-Fikr, Ts. Zeydan Abdulkerim, el-Medhal, s. 321 vd. Bağdad, 1969; Sehnûn el-Müdevvene, 3/352 vd. Müzenî Ebû İsmail, el-Muhtasar, s. 190, Beyrut, 1973 (el-Ümmle beraber); İbn Hazm, el-Muhalla, 8/403 vd. Beyrut, 1988; İbn Kudame, el-Muğni, 5/36, 6/100 vd. 7/271.

### 3. Hastanın İkrarı

ikrar , kişinin borçlu olduğunu veya borcu tahsil ettiğini söylemesi yahut kendisini yük altına sokucu bir ifade sarfetmesi demektir. Mesela birisi "filana şu kadar borcum var" dese o kişiye borçlu olur, "filandan alacağımı tahsil ettim "dese artık o kişiden alacaklı olmaz, "filanın nafakasını üstlenmişim" gibi bir söz sarfederse o nafakayı üstlenmiş olur.

İkrar , sadece ikrarda bulunan kişi (mukirr)yi bağlar ve sorumlu tutar. karşı taraf yada bir başka kişi için sorumluluk getirmez. Mesela "filanın filandan alacağı var" dese, bu sözle hiç kimse kimseden alacaklı olmaz. Yani ikrar tek taraflı bir sorumluluk getirir ki sorumluluk yüklenen kişi yalnızca mukirr'dir. bundan dolayı "ikrar, hucet-i kasıradır" yani ikrar eksik , tek taraflı bir delildir, kaidesi fıkıh kaynaklarında yer almıştır.

Ölüm hastasının ikrarı , sağlam kişinin ikrarından biraz farklı hükümler doğurur. Diyelim ki sağlam kişinin ikrarı tamamen sahih ve nafiz olduğu halde ölüm hastasının ikrarı vasiyet gibi değerlendirilir ve vasiyetin hükümlerine tabi olur. Bu esasa göre ölüm hastasının ikrarı konusunda aşağıdaki hükümler geçerli olur:

Varisi bulunan bir kimse ölüm hastalığı sırasında başka birinin lehinde ikrarda bulunsa , ikrarı aynen vasiyetmiş gibi ölümden sonraya ta'lik edilmiş olur. dolayısıyla o ikrar hemen infaz edilmez ve ölüm hastasının ölümüne bırakılır. Bu takdirde eğer ikrar edilen meblağ terikenin 1/3 inden az veya tam o kadarsa herhangi birinin icazetine bağlı olmaksızın geçerli olur. Fakat 1/3 inden fazla tutuyorsa ikrarın , terikenin 1/3 i kadarı geçerli olup geri tarafı varislerin icazetine bağlıdır.

Ölüm hastasının hiç varisi yoksa yahut sadec eşi varsa bu takdirde ikrarın tamamı geçerli olur. Birinci durumda hiç varisi bulunmadığı için ikrar olduğu gibi ödenir, ikinci durumda ise eş, hissesini aldıktan sonra kalan kısımdan ikrar karşılanır. Sadece eşi lehine ikrarda bulunsa, eşinden başka varisi bulunmadığından tüm terikeyi o eş alır.

Ölüm hastası, varisleri varken varislerden birine ikrarda bulunsa, bu ikrar terikenin 1/3 ini aşsın, aşmasın diğer varislerin icazetine bağlı olarak mevkûftur. Diğer varisler icazet verirse ikrar nâfiz, icazet vermezlerse baul olur.



Ölüm hastası, hastalığı sırasında ikrarda bulunup ikrarından sonra sağlığına kavuşsa eskiden yapmış olduğu ikrarı tümünden nafiz olur. Bu ikrarın varislerden birine veya yabancılara yapılmış olması fark etmediği gibi, terikenin 1/3'ini aşıp aşmaması da muteber değildir.

Yukarıda adı geçen varislerden maksat, ölüm hastasının ölümü anında "varis" sıfatını üzerinde taşıyanlardır. İkrarın yapıldığı sırada "varis" sıfatını üzerinde taşıyan değildir. Dolayısıyla ikrar sırasında varis iken ölüm sırasında varis olmayanlar yukarıdaki haklardan kendilerine ait hükümler doğrultusunda istifade eder. Mesela varis olarak kardeşleri varken bunlardan birine mal ikrarında bulunsa da ölümü sırasında hastanın bir oğlu dünyaya gelse, kardeşler varis olma sıfatını kaybedeceklerinden dolayı ikrar vasiyet gibi değerlendirilip varislerin icazetine bağlı olmaksızın geçerli olur. Bu ikrar terikenin 1/3'ini aşmadıkça varisin icazetine bağlı olmaz (35).

#### 4. Ölüm Hastasının İbrası ve Vakfı

İbra, Bir kimsenin kendi alacaklarından ve haklarından vazgeçip onu borçluya terketmesi yahut kendisinin alacaklı olmadığını beyan etmesi şeklindeki tasarrufun adıdır.

İbra, ölüm hastası açısından ele alındığı zaman, varislerin hakkından bağışlama mahiyetinde bir tasarruf olduğu ortaya çıkar. Yani ölüm hastası alacaklarından birini ibra edip alacağından vazgeçtiği vakit, o alacak ölçüsünde varislerin hakkına müdahale ediyor demektir. Dolayısıyla bu ibrada dahi daha önce arzettiğimiz vasiyet hükümlerinin geçerli olacağı anlaşılır. Buna göre:

Ölüm hastası varisler arasında bulunmayan bir borçluyu ibra etse bu ibra aynen vasiyet gibi 1/3'inden geçerli olur. 1/3'ini aşan kısmında ise varislerin icazeti gereklidir.

Ölüm hastası, varislerden birini, borcundan ibra ettiği takdirde ibra geçersiz olur. Bu ibranın terikenin 1/3'inden az veya çok olması durumu değiştirmez. Ama diğer varisler icazet verecek olurlarsa bu ibra da sahih ve nâfiz olur.

(35) Bkz. Mecelle, Md: 1596-1599; Ali Haydar Ef. Mecelle Şerhi, 4/156 vd. İstanbul, 1330.

Şimdiye kadar söz konusu edilen icazetlerde, varisler ve alacaklıların yani icazet verecek olan kişilerin reşid olmaları şarttır. Reşid olmayanların, yukarıdaki icazetleri geçersizdir.

Ölüm hastası ibradan sonra hastalığından kurtulsa önceki ibraların hepsi geçerli olur.

Terike borca batmışsa yani borç, terike kadar veya ondan fazla ise ölüm hastasının alacaklarından tamamen veya kısmen vaz geçmesi halinde ibra, olduğu gibi alacaklıların icazetine bağlı kalır. İbra meblağının 1/3'den az veya çok olması etkili değildir. Çünkü 1/3'lik vasiyet imkânı, borçların ödenmesinden sonra ortaya çıkar (36).

Ölüm hastasının yaptığı vakıflar da yukarıdaki vasiyet hükümlerine tabidir. Çünkü vakıf da bir nevi teberrû ve ibra hükmündedir. Dolayısıyla vasiyetin geçerli olduğu durumlarda varislerin icazeti gerekli olmaksızın vakıf da geçerli olur. İcazet gerekli olduğu durumlarda vakıf icazete bağlı olup, icazet verilmediği takdirde vakıf o kısımda batul, icazet verildiğinde ise nafiz olur. Varisi olmayan kişinin tüm malını vakfetmesi geçerli olduğu gibi vâkıfın sadece eşi bulursa ve tüm terikenin vakfedilmesine karşı çıksa eş hissesinin dışında kalan terikedeki vakıf geçerli olur.

Vakfın geçerliliğinde, vakfın tescil edildiği durum değil, vakfın yapıldığı durum muteberdir. Dolayısıyla sağlam halde iken tasarruf yapılsa ama bu vakıf şeklindeki tasarruf, hastalık halinde tescil edilse bu tasarruf ölüm hastasının tasarrufu olarak değil, sağlam kişinin tasarrufu olarak geçerli olur. Yani bu vakıf herhangi birinin icazetine bağlı olmaksızın tüm maldan geçerli olup hüküm ifade eder (37).

## 5. Ölüm Hastasının Boşaması

### (Talaku'l-Fârr)

Ölüm hastası olan koca, kendisinin ölümü halinde karısının kendisine mirasçı olmaması ve malının ona gitmemesini düşünmüş, planlamış olabilir. Bu düşüncesini gerçekleştirmek için de onu boşamaya karar vermiş bu-

(36) Ali Haydar, Mecelle Şerhi, 4/87 vd.

(37) İbn Kudame, Muğnî, 5/365; Ömer Hilmi, İthâfu'l-Ahlâf fî Ahkâmî'l-Evkaf, Md: 99-110, İstanbul, 1307.

lunabilir. Aynı şekilde ölüm hastası olan karı da sağlam kocasının kendisine mirasçı olmamasını arzu etmiş olabilir. Bu gibi kasıtlı tasarruflarla mirasçılığa engel olup mal kaçırmayı düşünen hastanın talakına Talak'l-fârr (kaçarın talakı) denir.

Ölüm hastasının bu kasıtlı tasarrufundan karşı tarafın mağdur olmamasını temin etmek için İslâm Hukukunda tebdirler alınmıştır.

Ölüm hastası hangi taraf olursa olsun, yada talak isteği hangi taraftan gelirse gelsin, talak vukubudur. Hastanın talakının vuku bulacağı konusunda İslâm Hukukçularının icmaı vardır. İslam Hukukçuları arasında "Hastanın talakı geçersizdir" diyen birine tesadüf etmemekteyiz. Ölüm hastasının talakı denilince, kaynaklarımızda bu talakın vukuundan ziyade o talak neticesinde karşı tarafın mirasçı olması söz konusu yapılır. İslam Hukuk kaynaklarında konu ile ilgili ictihad ve temayüller şöyledir:

Ölüm hastası olan koca karısını ric'i talakla boşanmışsa, karının iddeti devam ediyorken koca ölse karı ona mirasçı olur. Bu hüküm icma ile sabittir. Fakat ric'i talakla boşanmış ve iddet bittikten sonra (38) ölmüşse yada talak asıl itibariyle bain talak olarak vuku bulmuşsa karının mirasçı olup olmaması konusunda ihtilaf meydana gelmiştir. Bu husustaki ihtilafı şu şekilde maddeleyebiliriz:

İmam Şafii, bain talakla boşanmış olan karı, hasta kocası iddet devam ediyorken ölse bile mirasçı olmaz. Çünkü bain talak mirasçılığa engeldir. Ancak imam Şafii'nin kavli kadiminin diğer üç mezhebe aynı olduğu nakledilir. Diğer üç mezhebe göre hasta kocanın bain talakla boşadığı kadın, iddet bekliyorken koca ölse mirasçı olur. Koca, hasta halinde iken onu mirastan mahrum etmek istemiştir. Halbuki hal-i hazırda karı ona mirasçı oluyordu. Dolayısıyla koca bu tasarrufunda karıyı mağdur etmek için kasıtlı davranmıştır. Bu mağduriyeti önlemek için de karıyı mirasçı kabul etmek gerekir.

Şafii mezhebi dışındaki üç mezheb bainen boşanmış kadının mirasçı olacağı konusunda ittifak etmişlerdir ama kadının mirasçılığı ne zamana kadar

(38) Ric'i talakta iddet biter bitmez talak, bain talaka dönüşür.

sürecek konusunda ihtilaf etmişlerdir. Bu noktada her mezhebe ait birer olmak üzere üç tane görüşle karşılaşırız:

Hanefiler, hasta kocanın bainen boşadığı karı, iddeti süresince mirasçı olur. Yani hasta koca, daha iddet devam ediyorken ölürse, karısı ona mirasçı olur. Ama karının iddeti tamamlandıktan sonra koca ölürse karısı ona mirasçı olmaz. Çünkü iddet devam ediyorken karı-koca arasındaki nikah bağları henüz tam kopmamıştır. Fakat iddet bitince karı-koca arasında artık hiç irtibat kalmaz. Dolayısıyla mirasçılık irtibatı da kalmamış olur.

Ahmed b. Hanbel, hanefilerden bir adım daha ileri giderek hasta kocanın boşadığı karı, iddeti dolsa bile başkasıyla evlenmedikçe hasta koca öldüğünde ona mirasçı olur. "Başkasıyla evlenmedikçe" şartı bir karının karılık sebebiyle aynı anda iki kişinin karısı olamayacağı, dolayısıyla iki karı hissesi alacak şekilde mirasçılık vasfı taşımayacağı sebebiyledir.

İmam Malik ise Ahmet b. Hanbel'in görüşünden de ileride görüşe sahip olmuştur. Ona göre hasta kocanın bainen boşadığı karı, iddetini tamamlasa ve başka koca ile evlense bile hasta kocası öldüğünde ona mirasçı olur. Böylece imam Malik Talaku'l fârr meselesinde bainen boşanmış olan kadın için en uzun süreli mirasçılığı kabul eden imam olmaktadır. Bu yönüyle imam Malik ve Şafii birbirine zıt olacak şekilde uç noktalarda bulunuyorlar.

Adı geçen mezhepler şu noktada ittifak etmişlerdir:

Hasta kocanın boşadığı karı, kocasından önce ölse hasta koca ona mirasçı olmaz. Bu kadının, iddet bekliyorken ölmesiyle iddetini bitirdikten sonra ölmesi arasında fark yoktur.

Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki, hastanın boşaması konusunda kocanın "Fârr" (kaçan) sayılıp karı lehine yukarıda geçen hükümlerin doğması için şu şartların bulunması gerekiyor:

-Kocanın kendi isteğiyle boşanmış olması, talakın tehdid altında vuku bulmaması

-Kocanın hangi sebeple olursa olsun talaktan sonra ölmesi

-Karının "varis" olabilme vasfını kendinde bulundurması. Karı gayr-i müslimse, irtidad ettiyse.. mirasçı olamaz.

-Bâin talakın, zifaktan sonra vuku bulmuş olması

-Karının isteği üzerine boşama olmaması, (hulu' mes'elesi önceden anlatılmıştı).

-Karının yapmaya mecbur olmadığı bir işe talakın ta'lik edilmiş olmaması. Koca, karının yapıp yapmamada serbest olduğu bir işe talakı ta'lik ederek "şu işi yaparsan boşsun" der de kadın kendi isteğiyle o işi yaparsa koca fârr olmadığı gibi kadın da mirasçı olmaz.

Ölüm hastası, karı olup kocasının mirasçı olmasını ibtal etmek maksadıyla evliliğe çeşitli sebeplerle son verdiyse kadın "Farre" olur ve iddet bekliyorken ölürse kocası ona mirasçı olur. Bu durumda karı iddet bekliyorken koca ölse karı ona mirasçı olmaz.

Karının evliliğe son vermesi , kendisinin nikâhı feshetme hakkı olduğu durumlarda fesh hakkını kullanması, kocanın usul veya furuundan biriyle sıhriyet akrabalığı doğacak şekilde gayr-i meşru bir iş işlemesi, irtidad etmesi, kocasını haram kılacak şekilde kocanın bir yakınına emzirmesi... gibi bir yolla olabilir (39).

## 6. Nikâhı Feshetme Hakkı Doğuran Hastalık ve Kusurlar

Nikâh konusunda söz konusu edilebilecek bedenî kusurlar esas itibariyle, eşler arasında birleşmeyi imkânsız kılan her türlü kusurlardır. Bunların bir kısmı kadına, bir kısmı erkeğe aittir.

Kadına ait kusurlar retak, karn ve afel'dir. Bunlar kadının tenasül uzvunda ortaya çıkan et parçası (retak-bitiklik), boynuz benzer kemik (karn) ve bez (afel)'dir ki hepsi cimayı engelleyen arızî hallerdir. Bitik olan kadına retka, kemik bulunan kadına karnâ ve kendisinde bez (ğudde) bulunan kadına aflâ adı verilir.

Erkeğe ait kusurlar da cebb-cûbb (alet kesikliği), unnet-innet (iktidarsızlık) ve hisa (iğdişlik, burukluk)'dır. Bu kusurları kendisinde bulunduran erkeğe sırasıyla mecbûb, innîn ve hasiy denir. Zevk almayan kadın da bu konuda iktidarsız sayılmış ve adına "innîne" denilmiştir.

(39) Nevevî, Ravdatu't-Talbin, 6/67 vd. Sahnûn, Müdevvene, 3/34 vd. 3/351 vd. Şâfiî, Ümm, 5/254; Şeybânî, el-Camiu'l-Kebîr, s. 107-108, 144, 186-187, Beyrut, 1399; Zuhayli, el-Fıkhu'l-İslâmî, 7/456.

Erkeğe ve kadına ait kusurların yanısıra her iki cinste de bulunabilecek ve eşler arasında üflet, imtizac ve muaşeretini imkânsız kılacak hastalıklar da vardır. Bunlar, delilik, alaca hastalığı (baras), aids ve bilumum zührevi hastalıklardır.

Yukarıda adı geçen hastalıkları kendisinde bulunduran kişileri nikâhın feshi konusunda "Hasta" olarak değerlendireceğiz. Kör veya topal olmak gibi muaşeret ve evlilik hayatına engel olmayan kusurlar yukarıda sözü edilen ve aşağıda hükümleri belirtilecek olan kusurlara dahil değildir.

Yukarıda adı geçen hastalıkları kendisinde bulunduran kişileri nikâhın feshi konusunda "Hasta" olarak değerlendireceğiz. Kör veya topal olmak gibi muaşeret ve evlilik hayatına engel olmayan kusurlar yukarıda sözü edilen ve aşağıda hükümleri belirtilecek olan kusurlara dahil değildir.

Yukarıda arz edilen kusur ve hastalık hallerinde tarafların nikâhı feshedebilme hakları konusunda üç farklı görüşle karşılaşırız:

İmam Ebû Hanife ve Ebû Yusuf: Erkeğin, kadındaki kusur veya hastalıktan dolayı nikâhın feshini talep etme hakkı yoktur. Çünkü erkeğin zaten boşama hakkı mevcuttur. Erkek nikâhı fesh talebinde bulunacağına boşama yoluna gider. Fakat erkekteki kusurlardan dolayı kadının nikâhı feshettirme hakkı bulunmaktadır. Ancak kadın erkekteki hastalıklardan dolayı nikâhı feshettirme hakkına sahip değildir.

İmam Muhammed: Yukarıda kaydedilen son meselede kadın, erkekteki sadece kusurlardan dolayı değil hastalıklardan dolayı da nikâhı feshettirebilir. Kadındaki kusur ve hastalıklardan dolayı erkeğin fesh hakkı bulunmamaktadır. Yani hanefilere göre karşı eşteki kusur ve hastalıklardan dolayı nikâhı feshettirme hakkı sadece kadına ait olmaktadır.

Diğer üç imam: Erkekteki kusur ve hastalıklardan dolayı nikâhı feshettirme kadına ait bir hak olduğu gibi aynı şekilde kadındaki kusur ve hastalıklardan dolayı erkeğin nikâhı feshettirme hakkı da bulunmaktadır.

Muhayyer olan taraf kendi hakkını kullanmaktan vazgeçecek olursa ileride aynı sebepten dolayı nikâhı feshettirme talebinde bulunamaz.

Kadında kusur ve hastalık varsa aynı kusur ve hastalığın erkekte de bulunması halinde hanefiler kadının da fesih hakkına sahip olamayacağı görüşündedir. Diğer mezheplerde kendisi kusurlu ve hastalıklı bulunan taraf,

karşı tarafın da aynı durumda olması halinde nikâhı feshettirme hakkına genel olarak sahip olacağı gibi bu halde bu hakka sahip olamayacağını söyleyenler de çıkmıştır.

Nikâhı feshettirmek isteyen tarafın mahkemeye müracaatı üzerine hâkim durumu inceler. Eğer söz konusu hastalığın telafisi ümid olunuyorsa hâkim feshetme kararını 1 sene te'cil eder. Bu süre içerisinde eksiklik telâfi edilir de evlilikten beklenen netice alınrsa fesih talebi geçersiz olur. Netice alınmaz da talep sahibi talebinde ısrarlı ise hâkim nikâhı fesheder.

Muhayyer olan tarafın muhayyerliği fevrî değildir. Nikâhı feshettirme hakkına sahip olan kişi isterse fesih talebini hemen bildirir, isterse bir süre geciktirebilir. Hakkını kullanmaktan sarahaten veya delâleten vaz geçtiğini belirtmedikçe muhayyerlik hakkı devam eder.

1 senelik te'cil uygulamasında sene hesap edilirken taraflardan birinin cimaa engel olacak şekilde bir hastalıkla hasta olduğu yada karının kayıplara karıştığı günler hesaba katılmaz. Karı-koca böylece birbirlerinden ayrıldıktan sonra yeniden anlaşıp birbirleriyle nikâhlansalar artık bu ikinci nikâhı feshettirme hakları yoktur (40).

### III. CEZALARDA HASTA

Cezalarda hasta söz konusu edilirken tazminat manasına olan mali cezalar değil, bizzat insan bedenine tatbik edilen bedeni cezalar kastedilir. Ayrıca buradaki "Hasta" kelimesi de ölüm hastası demek değildir. Buradaki hasta, bedenî cezaya tahammül edemeyecek ve can tehlikesi doğurmaya müsait olan hastalığa tutulmuş kişidir.

Kendisine bedenî ceza uygulanacak olan kişi hasta bulunuyorsa cezanın ertelenmesi veya hafifletilmesi yoluna gidilir. Yanısıra bedenî cezaya tahammül edemeyecek kadar düşkün olanlara da aynı muamele yapılır. Hastalığın cezayı ertelettirebilmesi için şifa bulup kurtulması ümit olunan bir hastalık olması ve cezanın da öldürme cezası olmaması gerekmektedir. Eğer hastalığın şifası ümit olunmuyorsa veya uzun zaman sonra ancak tedavisi müsbet netice verecekse o takdirde ölüm dışındaki bedeni cezalar te'hîr edil-

(40) Bilmen Ömer Nasuhi, Hukuk-i İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, 2/344, vd. İstanbul, 1968; Zuhayli, el-Fıkhü'l-İslâmî, 7/514 vd. Hukuk-i Allâ Karamâmesi, Md: 119-125.

meyip hafifletilerek uygulanır. Cezadan tamamen vazgeçilememesinin sebebi "caydırıcılık"tır. Netice olarak şunu söyleyebiliriz:

Eğer hastalık, tedavisi kısa zamanda müsbet netice verecekse o hastaya bedenî ceza uygulanmaz ve iyileşeceği zamana te'hir edilir. Ama suçlu, bedeni cezaya tahammül edemeyecek ve hastalığının tedavisi uzun zaman alacaksa veya şifa bulması ümid olunmuyorsa bedenî ceza ertelenmeksizin hafifletilerek uygulanır.

Ölüm cezalarında ise ertelenme veya hafifletilme yapılmaz. Dolayısıyla hastalık veya düşkünlüğün ölüm cezalarında etkisi yoktur.

Cezaların hafifletilmesi veya ertelenmesi gereken hastalık veya düşkünlük hallerinde mutad ceza uygulanır da suçlu bu yüzden ölürse devlet o kişinin diyetidin öder. Çünkü ceza uygulamasında had aşılmış ve suçluya hak etmediği ceza verilmiştir. Haksızlık sebebiyle meydana gelecek olan zarar da tazmin edildiğine göre ölen suçlunun diyeti ödenmek lazım gelir (41).

Yukarıda sözü edilen konuda delil olarak şu rivayetler ileri sürülmüştür:

Hz. Ali hutbesi esnasında şunları söyledi:

"Ey cemaat, kölelerinize muhsan olsunlar, olmasınlar haddi uygulayın. Çünkü Resulullah (S.A.S.)'in bir cariyesi zina etti de, ona dayak vurmamı bana emretti. Bir de baktık ki yeni nifas (lohusa) olmuş. Ben ona dayak vurursam öldürürüm, diye korktum ve durumu Resulullah (S.A.S.)'a anlattım. Bunun üzerine "iyi ettin" buyurdu. Rivayetlerin birinde "İyileşinceye kadar onu bırak, sonra cezasını ver" kaydı vardır" (42).

Sa'id b. Sa'd b. Ubâde anlatıyor: "Evlerimiz arasında (mahallemizde) kusurlu ve son derece zayıf bir adam vardı. Bir seferinde binanın cariyelerinden birisiyle kötü vaziyette yakalandı. Bunun üzerine (babam) Sa'd b. Ubâde durumu Resulullah (S.A.S.)'a arzetti. Peygamberimiz (S.A.S.):

Ona yüz sopa vurun, buyurdu.

(41) Ebû Zehra, el-Ukûbe, s. 326 vd. Dâru'l-Fikri'l-Arabi, Ts. Üdeh Abdulkadir, et-Teşri'ü'l-Cinâî'l-İslâmî, 1/763 vd. Beyrut, Ts. Cezîrî, el-Mezâhibu'l-Erbaa, 5/62 vd. Şevkânî, Neylül'Evtâr, 7/112 vd. Kahire, 1938.

(42) Müslîm, Hudûd 34; Tirmizî Hudûd: 13; Ebû Davud, Hudûd: 34.



Ya Resulullah, adam dayağa dayanamayacak kadar aşırı zayıftır, ona yüz sopa vursaydık ölecekti, dediler. Bu söz üzerine Resulullah (S.A.S.)

فخذوا له عشكالا فيه مائة شمراخ فاضربوه ضربة واحدة

"O halde onun için yüz salkımlı bir hurma dalını alınız ve o dal ile bir defa vurunuz" buyurdu (43).

Ebû Ümame anlatıyor:

Resulullah (S.A.S.)'ın Ensardan bazı sahabileri bana şunu anlattılar: Onlardan bir adam hastalıktan müşteki idi. Öyle ki hastalık onu çökertmiş ve bir deri bir kemik bırakmıştı. Birilerine ait bir cariye onun yanına girmiş o da o cariyeye saldıranak kendisiyle münasebette bulundu. Hastayı ziyarete gelen kabilesi adamları hastanın yanına girdiklerinde hasta durumu kendilerine haber verdi ve "Resulullah (S.A.S.)'a benim hükmümü sorunuz, çünkü ben yanıma giren bir cariyeyle iliştim" dedi. Onlar da durumu Resulullah (S.A.S.)'a anlattılar ve "Biz aramızda hiç kimsenin onun bu hastalığı gibi (ağır) hastalandığını görmedik. Onu sırtlanıp sana getirseydik kemikleri dağılır giderdi. O bir deri bir kemiktir, dediler. Bunun üzerine Resulullah (S.A.S.), onun için yüz hurma salkımı çubuğu almalarını ve o yüz salkım çubuğu ile o adama bir defa vurmalarını emretti (44).

## SONUÇ

Fıkıh'ta Hasta konusunu incelerken vamiş olduğumuz kanaatlarımız şunlardır:

Her ilim dalının bir terimden kendisine göre anladığı bir mânâ vardır. Diyelim ki tıp ilminde "hasta" dendiği zaman, vücûdan normal faaliyetini tümünden yahut kısmen engelleyen, insanı sıkıntıya sokan "sağlık" dışı haller anlaşılır. Bu sıkıntılı halin mikrobik olup olmaması, geçici veya kronik olması önemli değildir. Aynı "hasta" kelimesini bir psikoloğa hatırlatsak onun da bu kelimeden anlıyacağı mana farklıdır. Psikoloğa göre hasta, bedenen bir rahatsızlığı olmayan ama hal ve davranış olarak uyumsuz olan kişidir. Hastalık kelimesinden belki de bir sosyolog tamamen başka bir mana anlar. Ona göre toplum hastalıkları söz konusu olur. Diyelim ki nezle tıbbî bir hastalık olduğu

(43) İbn Mâce, Hudûd: 18.

(44) Ebû Davud, Hudûd: 34.

halde psikolojik veya sosyolojik açıdan bir hastalık değildir. Uyuşturuculuğa yakalanmış bir kişi psikolojik açıdan hastadır ama bu kişiyi sosyoloji söz konusu yapmaz. Fakat bu kişiden ziyade uyuşturuculuğa toplum bazında bir hastalık gözü ile bakar ve meseleye o yönden yaklaşır.

Yukarıdaki anlayışlarda olduğu gibi hukuk dalının da kendine göre bir anlayışı vardır. Özellikle İslâm Hukukunda "Hasta" denince ölüm hastalığı akla gelir. Ölüm hastalığı kişinin ölüm korkusu içine girdiği ve genellikle ölümle sonuçlanan bütün hallerdir. Bu hallerin bir kısmı tıbbî hastalık olduğu halde böyle olmayanları da vardır. Diyelim ki aids bir tıbbî hastalıktır ama aynı zamanda İslâm Hukukuna göre bir ölüm hastalığıdır. Fakat idamına karar verilmiş bir insan tıbben hasta olmadığı halde İslâm Hukuku açısından hastadır. Hukuken hasta olan bir insan, öleceğine aklı kestiği için malları konusunda kasıtlı tasarruflara girişebilir. Böylece alacaklıların veya varislerin hakkına tecavüzü düşünmüş olabilir. İşte bu kasıtlı tasarrufları önlemek amacıyla İslâm Hukukunda özel tedbirlere yer verilmiştir. Öngörülen tedbirler "Ölüm hastalığı (maradu'l-mevt)" adıyla söz konusu edilmiştir.

Ölüm hastasının tasarrufları, kasıtlı davranışı beraberinde getirmeyecek türden ise geçerlidir. Mesela tedavi olmak için yaptığı mutad tasarruflar, yada malın aynına değil de menfaatına yönelik (kira ve ariyet gibi) tasarruflar geçerlidir. Ayrıca İslâm'da insana geride bırakacağı malların 1/3'üne kadar tasarruf edebileceği esası kabul edildiğinden bu sınırlar dahilindeki tasarrufları da geçerlidir. Varislerden birinin lehine yapılan yada az önceki 1/3'lik sınırı aşan tasarrufları halk sahiplerinin icazet vermesine ta'lik olunmuştur.

İslâm Hukukundaki "ölüm hastalığı" anlayışına başka bir hukuka pek rastlanmamaktadır. Bu cümleden olarak Roma Hukukunda ve Hamurabi Kanunlarında da benzeri bir anlayışa tesadüf etmiyoruz.

İslâm Hukuku kaynaklarında ölüm hastasının yanı sıra hasta ve hastalık adıyla söz konusu yapılan başka kişiler ve durumlar da vardır. Ancak o kişi ve durumlar genellikle hukuk dışı konular olup daha çok ibadetlere dahildir. Hukuk konularına dahil olan "cezalarda hasta"yı da anmak gerekir. Hem hukuk hem de ibadet konularındaki hastayı ifade etsin diye "hasta"yı umumileştirip "Fıkıh'ta Hasta" olarak ele alınması gerektiği kanaatındayız.

İbadet konularında hasta denilince, abdest alamayan, abdest tutamayan, ta'dil-i erkân üzere namaz kılamayan, oruç tutamayan, namaz kılıp oruç tutması haram olan, hacca gidemeyen, hacca gitse bile bazı amellerini yapamayan kişi anlaşılır. Kendisine bedenf ceza uygulandığı takdirde ölebilecek veya ek ceza çekmiş olabilecek durumda olan kişiler ile ölüm hastası (marfdu'l-mevt) da ilave olunduğu zaman "Fıkıh'ta Hasta"nın sınırları çizilmiş olur.