

- **Saffet Köse**, *İslam Hukuku Açısından Kanuna Karşı Hile ve Hile-i Şer'iyeye*, Hikmetevi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2020, 384 s.

Değerlendiren: Dr. Yusuf Erdem GEZGİN\*

Hukukun bulunduğu yerde en ciddi sorunlardan birisi kanuna karşı hiledir. Kanunun yine kanun yoluyla ihlali dini, ahlaki ve hukuki bir sorundur. İslam hukuku açısından uhrevi yönüyle konu farklı bir boyutu da taşımaktadır. Bu bağlamda tanıtımını yapacağımız çalışma, okuyucuya İslam hukuku açısından kanuna karşı hileyle ilgili bütün ayrıntıları sunmaktadır.

1993 yılında doktora tezi olarak kaleme alınan çalışmanın ilk baskısı 1996'da, ikinci baskısı ise 2020 yılında yapılmıştır. Çalışma; bir giriş, beş bölüm ve sonuçtan oluşmaktadır. Giriş bölümünde yazar kanuna karşı hile ve hile-i şer'iyeye konusunda telif edilen kaynakları değerlendirmiş ve kanuna karşı hilenin dayandığı temelleri ele almıştır. Klasik dönem kaynaklarından müstakil çalışmalara yer verilen bu bölümde özellikle *Kitâbü-l'hiyel* adı altında kaleme alınmış eserler yakından incelenmiştir. Bu kapsamda yazar, Hanefi mezhebinin önemli kaynaklarından olarak görülen *el-Mehâric fi'l-hiyel* adlı eserin mezhebin kurucu imamlarına olan nispetini tetkik etmiştir. Daha sonra konuyla ilgili müstakil eserleri ve dolaylı olarak konuyu ilgilendiren eserleri tanıtmış ve bunların hiyel literatürü içerisindeki konumlarını okuyucuya sunmuştur.

Giriş bölümü kanuna karşı hilenin temellendirilmesi şu iki başlık altında yapılmıştır: a. Hukuki işlemlerin geçerliliğinde irade beyanına itibar, b. Nasların ve kanunların tefsirinde lafızcılık yahut zahircilik.

Yazar, birinci bölümde hile kavramıyla ilintili olarak hud'a/hadi'a, mekr, keyd, mihal, tedlîs ve tağrîr, gaşş/ğışş, hilâbe, kavramlarını açıklamaktadır. Akabinde eserin asıl konusu olan kanuna karşı hile ve hile-i şer'iyenin literatürdeki tanımlarını değerlendirmiş ve bunları analiz etmiştir.

İkinci bölümde müellif, İslam hukukunda kanuna karşı hile ve bunu ortaya çıkaran sebepler üzerinde durmuştur. Kanuna karşı hile ile hile-i şer'iyeyi ayrı ayrı değerlendiren yazar, ilk önce kanuna karşı hileyi ortaya çıkaran hukuki, ahlaki ve psikolojik sebeplere yer vermiştir. Hile-i şer'iyeyi ortaya çıkaran sebeplerin; siyasi

\* Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı, yezgin@gmail.com ORCID: orcid.org/0000-0002-0221-8965.

sebepler, haramdan sakınma-helale ulaşma duyarlılığı, mezhep hukukunu koruma ve istikrar arayışı, yargıdaki çoklu yapı ve son olarak kazuistik metot ve nazari hukuka yönelme olduğunu ayrıntılı başlıklar altında ele almıştır.

Yazar, üçüncü bölümde İslam hukuk doktrininde hiyel tartışmalarını ele almıştır. Burada beş ana başlık açan yazar, ilk olarak İslâm hukukçularının hiyel konusundaki görüşlerini değerlendirmiş bu bağlamda İslam hukukunun amaçlarına uygun olan hilelerin cevazına dair deliller ile birlikte bunun tam aksine İslam hukukunun ruhuna aykırı olan hilelerin caiz olmadığını açıkça beyan eden Kitap, sünnet ve icma delillerini ortaya koymuştur. Son olarak hilenin lehindeki ve aleyhindeki bütün görüşleri kapsamlı şekilde mukayese ederek değerlendirmiştir.

Köse, dördüncü bölümde kanuna karşı hilenin mahzurları ve mücadele vasıtaları üzerinde durmuştur. Beşinci bölümde ise buraya kadar anlatılan teorik konuları somut örnekler üzerinden değerlendirmiştir. Bu kapsamda kanuna karşı hile üzerinden tartışılan konulardan; hülle, îne satımı, teverruk, şufa hakkını iskat, zekât yükümlülüğünü düşürmek gibi öteden beri tartışmalı olan bahisleri ayrıntılı olarak açıklamıştır.

Özet olarak kitabın tamamında işlenen konularla alakalı bu ifadelerden sonra şimdi ayrıntılı olarak kitabın tamamının tanıtımını yapabiliriz. Bu çerçevede elimizde bulunan çalışmanın kendisinden önce bu minvalde ele alınmamış bir konuyu incelediğini ve bunu oldukça başarılı bir şekilde yaptığını peşinen ifade edebiliriz.

Kitabın bize göre en temel özelliklerinden birisi, kanuna karşı hile ile hile-i şer'iyeye kavramlarını birbirinden ayırmasıdır. Kanuna karşı hileyi şu şekilde tanımlamaktadır: *Kanunun izin vermediği bir sonucu yine hukuku kullanarak elde etme çabası, bir başka ifade ile bir hukuk kuralının yine bir başka hukuk kuralı arkasına gizlenerek ihlalidir.* Bu çerçevede yazar, “işî kitabına uydurmak” tabirinin tam olarak bu durumu karşıladığını ifade eder. Hile-i şer'iyeye ise *karşılaşılan sıkıntılı bir meselede hukukun izin verdiği çözümlerden hareketle bir çıkış yolu bulmak demektir.* Buna göre kanuna karşı hile, hukuki değilken hile-i şer'iyeye hukukun içinde bir tutumdur (s. 50).

Kanuna karşı hile iki hususla temellendirilmektedir. Birincisi, hukuki işlemlerin geçerliliğinde irade beyanına itibar; ikincisi, nasların ve kanunların tefsirinde lafızcılık ve zahircilik. Hukuki işlemlerin geçerliliğinde öze hizmet ettiği ölçüde şekle itibar edilmesi gerektiğini savunan yazar, bu hususu şöyle ifade eder: “Öze hizmet ettiği ölçüde şekle itibar edilir. Çünkü şeklin özü koruyan ve hukukun nihai

gayesi olan adalete hizmet eden bir yapısı vardır. Şekil şartlarına riayet, işlemin kesinleştiğini gösterir, işleme aleniyet kazandırır ve anlaşmazlık durumunda ispat güvencesi sağlar. Ancak bu sonuçların doğabilmesi için şekil ile maksat arasında makul dengenin korunması gerekir. Şeklin özü gölgelediği ve işlevsiz kıldığı hal-lerde ise şekilden değil şekilcilikten bahsetmek gerekir ki bu durumda şekil amacı koruyan bir yapı hüviyetinden çıkar ve kendisinin amaç haline geldiği bir yapıyı oluşturur. Bu durumda ise kanuna karşı hile ortaya çıkar ki amaç ve maksat bertaraf edilmiş olacağı için adaletsizlikler ortaya çıkar.” Yazar, bu bölümün devamında kanuna karşı hile ile alakalı hukuki işlemlerin geçerliliğinde irade beyanına, sübjektif ve objektif teoriler çerçevesinde itibar edilmesi gerektiğini beyan eder ve sonuç olarak şunları ifade eder: “Kanuna karşı hile olarak görülebilecek eylemlere teorik çerçevede hukuki olarak yol bulmak ya da cevaz vermek mümkün görünmemektedir (s. 50-70). Bu ifadeleri tasdik mahiyetinde açılan ikinci başlıkta ise, nasların ve kanunların tefsirinde lafızcılık ya da zahircilikle ilgili olarak şunları aktarır: “Hukuki işlemlerin şeklen kurala uygun olmasını yeterli kabul edip gözetilen maksadın dikkate alınmaması yahut hukuk metinlerinin ruhunu gözetmeksizin sadece lafzi yorumu itibar edilmesi, kanuna karşı hilenin temelini oluşturmaktadır. Aslında hukuki muamelelerde dış görünüşe itibar etmek hukukun istikrarı açısından önem arz etmektedir. Ancak sadece dış iradeyi diğer bir tabirle bu muamelenin dış görünüşünü esas kabul etme ya da nasları tefsir ederken lafzi yorumu bağlı kalma hukuk kaidelerine uymakla yükümlü olan fertler tarafından ilgili kaidelerin kötüye kullanılması neticesini doğurur. Bu sebeple de hukuk kaidelerinden beklenen netice elde edilemez... Hukuki işlemlerde iç irade ile dış irade ve nasların tefsirinde de lafzi yorum ile birlikte onların maksadı arasında makul dengenin kurulmasına bütün mezhepler özen göstermişlerdir. Bu sayede adalet, hakkaniyet, gayeye uygunluk, hukuki emniyetin sağlanabilmesi için ince tahlillerde bulunmuşlar ve kanuna karşı hilenin önünü alabilmek için tutarlı bir tavır takınmışlardır.” (s. 71-80).

Birinci bölümde kanuna karşı hile ile alakalı kavramları analiz eden yazar, kavramsal çerçeveye ilgili önce literatürdeki hile ile alakalı tanımları ve yaklaşımları ele alır; daha sonra bu tanımları analiz eder. Yazarın naklettiği tanımlardan ziyade yaptığı analizlerde şu hususlar dikkat çekmektedir: Öncelikle yazar kanuna karşı hileyi, şekil şartları itibarı ile meşru olan bir yolla kanunun izin vermediği bir sonuca ulaşmak kastıyla yapılan işlem olarak tanımlar. Bu tanımda da temel manada üç unsurun olduğunu ifade eder. Bunlar; (i) İşlemin şeklen kusursuzluğu yani kanuna uygunluğu bir diğer ifade ile kullanılan vasıtanın meşru oluşu. (ii) İşlemden kanun koyucunun amacına aykırılık bir diğer ifade ile kanunun ruhuna aykırı bir sonuç.

(iii) Hile kastı. Bu üç unsurun gerçekleştiği durumlarda hakiki manada bir hilenin meydana geleceği ile ilgili yazar somut örnekler vermektedir. Ayrıca hile kastı taşımayan, doğal seyrinde gelişmiş işlemlerin kanuna karşı hile görüntüsü verse de hakikatte hile olmayacağı ile ilgili de örnekler verir. (s. 91-99).

Kanaatimizce yazarın konuları ele alırken vermiş olduğu örneklerin gerek naslardan olması gerekse günümüz problemlerine işaret etmesi açısından oldukça önemlidir. Ayrıca kavramsal çerçeveyi çizerken bir şeyi ‘ne olduğu’ üzerinden anlamlandırmak yerine ‘ne olmadığı’ üzerinden anlamlandırmak için yaptığı analizler ile araştırmacılara farklı perspektifler sunmaktadır. Bu çerçevede oldukça dikkat çeken şu örneği vermek istiyoruz: Kanuna karşı hile özelliği taşıyan işlemleri ele alırken yazar, az önce ifade ettiğimiz metodu uygulayarak dört madde saymaktadır. Bunlar; (i) meşru vasıtaları kullanarak meşru neticelere ulaşmak. (ii) Gayrimeşru vasıtaları kullanarak gayrimeşru neticelere ulaşmak. (iii) Gayrimeşru vasıtaları kullanarak meşru neticelere ulaşmak. (iv) Meşru vasıtaları kullanarak gayrimeşru neticelere ulaşmaktır. Bu kapsamda yazar meşru vasıtaları kullanarak meşru neticelere ulaşmanın hile olmadığını düşünmektedir. İkinci maddede ifade ettiği hususun hile olduğunda herhangi bir şüphesi yoktur ve bununla alakalı namaz kılmamak için içki içip sarhoş olarak namaz kılmamaya bahane bulan kişiyi örnek verir. Üçüncü durumda ise araç gayrimeşru sonuç meşrudur. Hırsızlık elbisesi ile namaz kılmayı buna örnek olarak vermektedir. Dolayısıyla hırsızlığın cezası tatbik edilirken kılınan namazın sıhhatinde herhangi bir şüphe yoktur. Dördüncü maddede araç meşru, sonuç gayri meşrudur. Bu durumda işlemin hukuka uygunluğu meşruiyet için yeterli midir? İşte kanuna karşı hile ile kastedilen tam olarak bu maddedir. Görüldüğü üzere kanuna karşı hilenin ne olmadığı üzerinden hareket ederek sonuca ulaşmayı hedefleyen yazar, kanuna karşı hilenin meşru bir araçla gayrimeşru bir sonuca ulaşmak olduğu çıkarımını yapmıştır. Bir diğer tabirle yapılan işlem şeklen kusursuz fakat kanun koyucunun maksadına aykırılık taşıdığı için yazar tarafından hile olarak değerlendirilmektedir (s. 99-106).

Hile-i şer‘iyye kavramını tetkik ederken yazarın tanımlar ve tartışmalar üzerinden elde ettiği şu sonuç aslında yapılan çalışma ile elde edilmek istenen maksadın ifadesidir: “...Buna göre fukaha, meşru bir sonucun yine meşru araçlarla harama düşmeden nasıl elde edilebileceğini gösteren unsurun hile-i şer‘iyye olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır” (s. 106-111). Yazar birinci bölümü, hile-i şer‘iyye ve kanuna karşı hile kavramlarıyla benzerlik taşıyan muvazaa ve hakkın kötüye kullanılması (suistimal) kavramlarının analizi ile neticelendirmektedir (s. 111-118).

Kanuna karşı hile ve hile-i şer‘iyye konusunda ele alınan bu çalışmanın bize göre en önemli bölümlerinin başında kanuna karşı hile ve hile-i şer‘iyyeyi ortaya çıkaran sebeplerin ele alındığı ikinci bölüm gelmektedir. Nitekim yazar da bu bölüme oldukça önem vermiş gerek literatür değerlendirmesinde gerekse konuların analizinde cüretkâr davranmıştır. Ayrıca bu bölümün fıkıh sosyolojisi bağlamında yapılacak olan birçok çalışmaya ışık tutacağı da açıktır.

Kanuna karşı hileyi ortaya çıkaran sebepler arasında önce hukuki sebepleri sıralayan yazar, ‘hukuki işlemlerin geçerliliğinde şekle odaklanmayı’ ve ‘güncelliğini yitirmiş yasaların yürürlüğünde ısrar etmenin’ kanuna karşı hileyi ortaya çıkaran hukuki sebepler olarak ifade etmektedir. Köse, ‘hukuk-ahlak ayrışması’ ve ‘kişisel menfaatleri’ kanuna karşı hileye vesile olan ahlaki sebepler olarak görür. Son olarak kanuna karşı hileyi ortaya çıkaran sebepler arasında yasağın cazibesi ile alakalı hususları dile getirir, bunu da psikolojik sebep olarak sayar. Kanuna karşı hileyi ortaya çıkaran sebeplerden hukuki ve ahlaki olanların esasında yazarın ifade ettiği psikolojik sebeple doğrudan bağlantılı olduğu söylenebilir. Kanaatimizce yazar da bu hakikate işaret ederek şunları dile getirmektedir: “Yasağa/kurala muhatap olan insan hem yasaklanan şeyin cazibesine kapılıp onu almak hem de kanuna yakalanmamak için meşruiyet sağlayacak bir görüntüye sığınmakta böylece hem istediğini elde etmeyi hem de müeyyideden kurtulmayı hedeflemektedir” (s. 119-145).

Bireylerin hile-i şer‘iyyeye başvurmasının altında yatan siyasi sebepler olarak yazar, tarihi süreçteki olaylarla bağlantı kurarak ‘siyasi baskı’ ve ‘devletin mali politikasından hoşnut olmamayı’ ifade etmektedir. Köse, siyasi sebeplerden başka olarak; (a) mükellefin haramdan sakınma helale ulaşma duyarlılığını, (b) mezhep hukukunu koruma ve istikrar arayışını, (c) yargıdaki çoklu yapıyı, (d) Kazuistik metot ve nazari hükme yönelme gibi gerekçeleri hile-i şer‘iyyeyi ortaya çıkaran sebepler olarak ifade etmektedir (s. 145-177).

Köse, üçüncü bölümde İslam hukuk doktrininde yapılan hile tartışmalarını ele almaktadır. Bu bölümde İslam hukukçularının hiyel konusundaki tavırlarını ele alırken Hanefî, Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinin öne çıkmış fakihlerinin kanaatlerini aktarmaktadır. Buharî (v. 256/870) ve İbn Âşur (v. 1973) gibi alimlerin konuyla ilgili kanaatlerini temel dört mezhebin görüşlerinden sonra müstakil olarak değerlendirmesi ise dikkat çekicidir (s. 177-233). Bu bölümde fıkıh mezheplerinin konuyla alakalı kanaatlerini aktardıktan sonra bu görüşleri değerlendirirken müellifin ifade ettiği şu hususlar oldukça önemlidir: “Kanaatimizce hiyel konusunun hatalı anlaşılmasının en önemli sebebi hiyelin sınırlarının çok geniş tutulması ve maksada ulaşmak için başvuru her türlü yolun hile olarak kabul edilmesidir.”

Yazar bu cümlesinden sonra hileyi dört kategoriye ayırmış ve bunlardan sadece aracın meşru, amacın gayrimeşru olduğu işlem ya da eylemlerin tartışmalı olan hiyel kapsamında olduğunu ifade etmiştir. Yazar, üçüncü bölümü İslam hukukunun amaçlarına uygun olan ve İslam hukukunun ruhuna aykırı olan hiyelle ilgili delilleri objektif bir biçimde ve ayrıntılı olarak yer yer şahsi değerlendirmelerini de açıkça ifade ederek sonlandırmıştır (s. 233-283). Hiyelin cevazı için ileri sürülen delillerin meşru vasıtaları kullanmak suretiyle gayri meşru neticelere ulaşmak üzere yapılan işlem ve eylemler için geçerli olmadığını beyan etmiş, hiyelin yasaklığına dair zikredilen delillerin ise apaçık şekilde meşru vasıtaları kullanarak gayrimeşru sonuçları elde etmeye dönük olduğu kanaatini paylaşmıştır. Yazara göre hukuk kaidelerini ihlal eden hileli muameleler hukuken tanınmamalı ve bu tür muameleleri yapanlarla mücadele edilmelidir (s. 283-291).

Yazar, dördüncü bölümde kanuna karşı hilenin mahzurlarını ve mücadele vasıtalarını ele almaktadır. Kanuna karşı hilenin mahzurları olarak maddeler halinde şunları ifade etmektedir: (1) Bütün açık ihlallerdeki mahzurlar mevcuttur. (2) Hilenin örtülü olması sebebiyle kanunun ihlali yakalayamaması durumunda hukukun otoritesi zayıflar dolayısıyla 'minareyi çalıp kılıfını bulmak' tabiri fertler arasında övünç vesilesi olarak görülür. (3) Hile ahlaki olarak hıyanet ve yalanı bir yaşam biçimine dönüştürme potansiyeli taşır dolayısıyla ahlaki ve kültürel olarak ikiyüzlülük ve yalan ortaya çıkar. (4) Kanuna karşı hile kapısını açmak demek hukuk hükümlerini insanların maslahatlarını gerçekleştirmekten aciz şekli kaideler olarak görmek demektir. Böylece arzuları her şeyden daha önemli olan kişilerin işi kolaylaştırılmış olur. Hile ile mücadele ederken; (a) Bireysel ve toplumsal olarak hukuk bilinci canlı tutulmalıdır. (b) Birey ve toplumda ahlaki öz güçlendirilmelidir. (c) Hile ile varılmak istenen sonuçtan mahrum bırakılmak suretiyle kötü niyetin meşruiyeti engellenmelidir. (d) Hile ile mücadele ederken kişilerin hile ile muamele etmemeleri için ihtiyaç halinde farklı icthadlardan yararlanmanın önü açılmalıdır. Bu mücadele vasıtalarını ifade ederken yazarın elde etmek istediği amaç, bireylerin ve toplumların kanuna karşı hileye başvurmalarının önüne geçmektir (s. 293-303).

Yazar çalışmasının son bölümü olan beşinci bölümde kanuna karşı hile üzerinden en fazla tartışılan konulara ve bazı hile-i şer'iyye örneklerine değinmiştir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi bu örnekler klasik ve modern manada oldukça popülerdir. Ayrıca yazar bu örnekleri klasik fûru-ı fıkıh eserlerindeki konu başlıklarına göre ele almayı tercih etmiştir. Biz ise bu örneklerden sadece îne satımıyla ilgili verilen örnek ve Ebû Yusuf'un (v. 182/798) îne satımını caiz hatta sevap kazanılacak bir iş olduğu yönündeki görüşünün vadeli ya da taksitle alınan bir malın

daha ucuza peşin olarak üçüncü bir şahsa satılması şekli ile ilgili olduğu kanaatine varır. Hanefilerde inenin bir çeşidi olarak kabul edilen bu uygulama Hanbelilerdeki *teverruk* kavramı ile örtüşmektedir. Ebû Yûsuf'a nispet edilen bu görüş etrafındaki tartışmalar Hanefi kaynaklarda tartışılmaktadır.

Sonuç bölümünde yazar metin içerisinde yer yer temas ettiği önemli hususları ele almaktadır. Biz de ilgili sonuçların büyük kısmını eserin tanıtım ve kritiğini yaptığımız bu yazıda değerlendirdik. Bunlardan başka sonuç bölümünde yazarın özellikle dile getirdiği şu hususu aynen nakletmeyi tercih ediyoruz. “Batıda ve İslam ülkelerinde bazı araştırmacıların hile-i şer’iyyenin ya da kanuna karşı hilenin İslam hukukunun yetersizliğinden ya da donukluğundan kaynaklandığına dair iddiaları tutarsızdır. Zira İslam hukukunun dinamik yapıda olduğu, din-ahlak-hukuk bütünlüğüne sahip oluşu, zengin temel ilkeleri, ictihad zorunluluğu, esnek yapısı, taabbudi hükümlerin sınırlılığı ve ta’lili hükümlerin ana yapıyı oluşturan özelliği ile dinamik bir yapıya sahiptir” (s. 355-358).

Netice olarak Saffet Köse'nin 1993 yılında doktora tezi olarak kaleme aldığı bu çalışma oldukça önemli bir eserdir. İslam hukuku bilim dalının oldukça önemli bir mevzusunu efradını cami ağyarına mani bir şekilde ele alması takdire şayandır. Ayrıca lisansüstü çalışma yapan araştırmacılara, bir çalışmanın nasıl olması gerektiği ile alakalı önemli fikirler vermektedir. Bu çerçevede tanıtım ve kritiğini yaptığımız bu eser hem hile-i şer’iyye hakkında bilgi elde edinmek isteyen hem de lisansüstü çalışma yapma arifesinde olan araştırmacılar için yol gösterici olması yönüyle de tetkik edilmelidir.