

## İslam Hukukunda Hîle-i Şer'iyye Meselesi ve Buna Dair Bir Osmanlı Hukuku Tatbikatı<sup>(\*)</sup>

Dr. Öğr. Üyesi Salih KORKMAZ<sup>(\*\*)</sup>

### Öz

İslam hukukunda hîle-i şer'iyye ihtilafli bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte İslam hukuk tarihinde bu müessese geniş bir çerçevede tatbik edilmiştir. Bu çalışma hiyel meselesini hîle-i şer'iyye ve hîle-i bâtila ayrımı yaparak önce hukuk, sonra sosyal cihetten tetkik etmiştir. Bu hukuki tetkik yapılırken İslam hukukunda hiyel meselesinin genel hukuk teorisi çerçevesinde ele alınmış ve hangi hîlelerin meşru hangilerinin gayrimeşru olduğu hususunda bir makyas, bir ölçü ortaya koyulmuştur. Ayrıca Osmanlı Devleti'nde tatbik edilen bir misal (muamele-i şer'iyye) üzerinden mesele somutlaştırılmış ve hîle-i şer'iyyenin sosyal şartlarla münasebeti ele alınmıştır. Nihayet çalışma İslam hukukunda hiyel meselesini hukukî, sosyal ve tatbiki cihetten ele almaya bu surette hîle-i şer'iyyenin İslam hukuk tatbikatındaki rolünü ortaya koymaya teşebbüs etmiştir. Neticede hilelerin şer'i ve bâtil olmak üzere ikiye ayrıldığı, şer'i hîlelerin "hâcet" halinde müracaat edilebilecek hukukî bir yol olduğu, bu yolun da tarihi süreçte hukukun esnekliğini sağlamaya ve hukuki formalizmin aşılmasına yardımcı olduğu ortaya koyulmuştur.

### Anahtar Kelimeler

Hiyel, Hîle, Hîle-i Şer'iyye, Hîle-i Bâtıla, Muamele-i Şer'iyye.

<sup>(\*)</sup> Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 01.04.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 25.05.2024.

Atıf Şekli: Salih Korkmaz, 'İslam Hukukunda Hîle-i Şer'iyye Meselesi ve Buna Dair Bir Osmanlı Hukuku Tatbikatı' (2024) 14(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 513, 570. DOI: 10.52273/sduhfd..1462764.

Bu çalışma, yazarın Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü kamu hukuku doktora programında tamamlanan "Eski Hukukumuzda Muamele-i Şer'iyye" isimli doktora tezine istinat etmektedir. Tez, On İki Levha Yayıncılık tarafından neşredilmiştir. Bkz. Salih Korkmaz, *Osmanlı Hukukunda Bir Kredi Vasıtası Olarak Muamele-i Şer'iyye (XVII. Asır)*, (On İki Levha Yayınları 2021).

<sup>(\*\*)</sup> Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye.

E-posta: salihkorkmaz@sdu.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7824-0037>.

# The Issue of Hīla Al-Shar'ıyya (Legal Stratagems) in Islamic Law and a Practice of Ottoman Law on This Subject

## Abstract

In Islamic law, hīla al-shar'ıyya appears as a controversial issue. However, in the history of Islamic law, this institution has been applied in a wide framework. This study first analysed the issue of hiyal (fiction) from the legal and then from the social aspects by distinguishing between hīla al-shar'ıyya (legal stratagems) and hīla al-batila (false stratagem). While conducting this legal analysis, the issue of hiyal in Islamic law has been handled within the framework of general legal theory and a measure has been put forward as to which hiyal are legitimate and which are illegitimate. In addition, the issue was concretised through an example applied in the Ottoman Empire and the relation of hīla al-shar'ıyya with social conditions was discussed. Finally, the study attempted to address the issue of hiyal in Islamic law from the legal, practical and social aspects, thus revealing the role of hīla al-shar'ıyya in Islamic legal practice. Consequently, hiyal are divided into two categories: hīla al-shar'ıyya (legal fiction/devices) and hīla al-batila (illegal fiction/devices.) Hīla al-shar'ıyya is a legal remedy that can be resorted to in times of difficulty. This has historically helped to ensure the flexibility of the law and to overcome legal formalism.

## Keywords

Hiyal, Exits, Makharij, Legal Fiction, Trickery of Sharia, Hīla al-Shar'ıyya, Hīla al-Batila.

### Extended Summary

Understanding the issue of hiyal (fiction) in Islamic law requires considering many different factors, both legal and social. For this reason, the results of the study are briefly stated here. The answers to the questions about how and why these conclusions were reached have been referred to the relevant headings in the article. In this study, the practice of hiyal in Islamic and Ottoman law is analysed from both theoretical and practical aspects.

The provision of hiyal is controversial among scholars (sects). The reason for this conflict is that the same norm is interpreted in different ways. Although there are many reasons for this conflict, the source of the conflict is actually only one. At this point, we encounter the hadith "the reward of deeds depends upon the intentions". Both those who allow hiyal and those who reject it use this hadith as evidence. While some Hanafis and Shafis allow hiyal in order to avoid haram, Hanbali and Malikis claimed that these ways lead to haram. Those who oppose hila al-shar'iyya assume that people act with the idea of achieving haram by using these means; Those who allow hila al-shar'iyya, on the other hand, assume that way saves a person in a difficult situation from engaging in haram acts. As a result, both views reached different conclusions based on the same criterion (intention).

The existence of evidence for and against hiyal in Islamic jurisprudence makes it necessary to divide hiyal into two categories: legal fiction/devices (hila al-shar'iyya) and illegal fiction/devices (hila al-batila). Hila al-shar'iyya can be defined as the activity of rescuing people from the difficulty they are in by staying within the boundaries of the law when faced with a difficulty in complying with the law. In other words, the ways by which a person can get rid of the haram and reach the halal are the ways of hila al-shar'iyya. Hila al-batila, on the other hand, can be defined as "cancelling or invalidating someone else's right by using legal provisions cunningly, not doing what the law commands or doing what the law forbids". When a distinction is made between shar'i and batil hiyal, criterion for this distinction must be set forth. At the same time, this also means the expression of shar'i/batil hiyal within the general legal theory.

Accordingly: Except for matters regarding which there are special provisions, we can list the conditions of hila al-batila, which refers to the tricks that are not permissible according to Islamic law, as follows:

1. Existence of a legal transaction that complies with the law in form.
2. This legal transaction must contain the will to fiction. (The will to cheat means that the transaction is made with the intention to fiction. In other words, even if legal transactions that take place in their natural course resemble a type of fiction in form, they are not considered as fiction since there is no intention.)
3. Achieving the final goal by means of other intervening legal transaction.
4. Intention to circumvent the law or to prejudice the rights of third parties by such behaviour. (If the rights of a third party are not cancelled by a trick, it is the intention

that makes the hīla al-batila. However, if the rights of a third person are violated by this trick, the legal transaction is directly considered as a hīla al-batila, regardless of the intention.)

Except for matters regarding which there are special provisions, we can list the conditions of hīla al-shar'iyya, which refers to the tricks that are permissible according to Islamic law, as follows:

1. Existence of a legal transaction that complies with the law in form.
2. This legal transaction must contain the will to fiction.
3. Achieving the final goal by means of other intervening legal transaction.
4. Intention to act in accordance with the law. (This intention means that a person wants to act in accordance with the law, but is unable to fulfil it due to a difficulty in this regard. Therefore, intention is used here in a way that includes the state of necessity.)
5. No prejudice to the rights of third parties.

Islamic law is a religious legal system. Therefore, judgements have religious and judicial aspects. This point should not be overlooked here. In other words, everything that is legally legitimate may not be legitimate in religion. Therefore, the above-mentioned conditions are related to the legal (judicial) aspect of the matter. Therefore, the religious legitimacy of resorting to a legally legal trick depends on the existence of a state of necessity. In such cases, resorting to legal tricks is considered a permission (ruhsat). Arbitrary (without reason) hiyal is not considered appropriate.

It is clear that the practice of hiyal is a method that is susceptible to abuse. However, it is unreasonable for a legal practice to be considered impermissible for this reason alone. The state has the right to restrict or even prohibit what is permitted (mubah). Therefore, when necessary, the state may intervene in or even prohibit a trick. In other words, a certain trick may be judicially deemed illegitimate. There are examples of this in the history of Islamic law, and this intervention is also exemplified in this study through an example.

It can be said that hīla al-shar'iyya performed very important duties in the history of Islamic law. From this point of view, hīle-i shar'iyyah is one of the safeguard of the law (exits, makharij). It can be said that if this path is closed, people will have no choice but to resort to unlawful means. At this point, it should be remembered that even the sects that do not allow hiyal in principle allow these practices at certain points.

The study of Islamic law only on paper (works of fiqh/law books) is the biggest obstacle to a healthy understanding of this issue. Law cannot be evaluated independently from social conditions. This is the most important explanation of why the practice of hīle-i shar'iyya emerged. So, when dealing with the issue of hiyal, historical, social, etc. conditions must be taken into consideration for each example.

In legal systems of religious origin such as Islamic law, people want to avoid both ethereal and worldly (legal) sanctions by acting in accordance with the law. However,

sometimes life circumstances force people to do things against the law. Since one of the duties of law is to solve people's problems, at this point, the legal system opens the points where the law is blocked with various regulations and institutions and provides public order. The transformation of prohibitions into permissible in case of necessity is the most obvious example of this. One of the methods used here is hıla al-shar'iyya.

As a result, hıla al-shar'iyya appears to be a legal procedure-institution that is used for purposes such as finding a way out for those who have difficulty in obeying the law as a result of the compulsion of circumstances, reducing the practice of forbidden acts, and ensuring public order. Law is a "living and flexible" institution that aims to solve people's problems. One of the ways that provides this flexibility is hıla al-shar'iyya.

## Giriş

İslam hukukunda hiyel meselesi hakkında çok şey yazılmıştır. Bununla birlikte, meselenin esası üzerinde yeterince durulmadığı ifade edilmelidir. Zira şimdiye kadar bu sahada pek çok araştırma yapılmış, ancak bunların çoğu fıkıh kitaplarında dağınık halde bulunan hiyel misallerini izah etmeye çalışmaktan öteye gidememiştir. Yani İslâm hukukunda hiyel meselesi “genel hukuk teorisi” içerisinde yeterince tetkik edilmemiştir.

Fıkıh kitaplarında hiyel meselesinin dağınık halde bulunması, misaller üzerinden gidilerek her bir mesele için görüş bildirilmesi klasik devrin ulemâsı için bir eksiklik olarak görülemez. Nitekim İslam hukuku (aslında diğer hukuk sistemleri gibi) kazuistik bir şekilde doğmuş ve gelişmiştir. Burada kazuistik ifadesi ile ne kastedildiği de açıklanmalıdır. Zira bu ifadenin “ayrıntılı” şeklinde de bir mânâsı vardır. Burada kastedilen ise bir hukuk teorisi olan kazuistik metottur. Yani kazuistik metotta, mesela genel bir akit teorisi değil her bir akdin kendine mahsus bir teorisi vardır. Bu çerçevede kira ile satım akdinin şartları kendi içinde değişiklik gösterebilmektedir. Yine her suç kendi içinde bir teoriye sahiptir<sup>1</sup>. Kazuistik metot tafsilatlı hükümler getirmesi bakımından daha dakik çözümler sunar. Bununla birlikte öğrenmesi de daha zordur. Bu noktada, İslam hukukundaki kazuistik metodun İslam hukuk tarihinin hiçbir devir ve ekolünde, “*hukukî realizmde görülen haliyle, genel hukuk kurallarını yok sayarak olaya odaklanmak*” şeklinde karşımıza çıkmadığı ifade edilmelidir<sup>2</sup>. Genel hukuk teorisinde ise akit, başlı başına bir mevzudur. Buna göre eğitim alan bir hukuk öğrencisi, öncelikle akdin ne olduğunu, nasıl kurulacağını, bozulacağını, şartlarını vb. öğrenir. Bu genel teoriyi öğrendikten sonra tüm akitleri bu şartlara göre değerlendirir. Genel hukuk teorisi, öğrenme kolaylığı sağlıyor olmasının yanı sıra her bir akdin kendine mahsus özelliklerinin bulunması itibarıyla pek çok istisnayı da ayrıca öğrenmeyi zorunlu kılmaktadır.

İslam hukuku, kazuistik metotla doğmuş ve gelişmiş olmasına rağmen, tarihi süreç içerisinde genel teorisi de teşekkül etmiş bir hukuk sistemidir. Nitekim hukuk sistemlerinin kazuistik metotla doğup gelişmesi, daha sonra ise tüm akitlerin ortak özelliklerinin göz önüne alınarak bir genel teori oluşturulması, hayatın tabii seyirinin bir gereğidir. Nitekim Kara Avrupası hukuk sisteminin atası olan Roma Hukuku da doğup geliştiği devirlerde kazuistik bir metot kullanmıştır. İşbu makale

<sup>1</sup> Bkz. Haluk Songur, ‘İslam Ceza Hukuku Üzerine -Genel Kısım Özel Kısım Ayrımı ve Belirlenmiş Suçlar Bakımından Cezaların Taksimi-’, (2003) *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 1, 187-195.

<sup>2</sup> Ayhan Ak, ‘İslam Hukuku Perspektifi ile Hukukî Realizmin Analizi’, (2022) *Cumhuriyet İlahiyat Dergisi* 26/2, 738.

İslam hukukunda hiyelin şartlarını genel hukuk teorisi çerçevesinde ele almaya teşebbüs etmektedir. Bunu yaparken öncelikle hile mefhumu, hilenin delilleri, meşruiyeti vb. meseleler ele alınacak ardından hangi hilelerin meşru hangilerinin-se gayrimeşru olduğu hususunda bir mikyas, bir ölçü ortaya koyulacaktır.

Hukuk tatbikatının, pek çok farklı müessirin bir araya gelerek oluşturduğu bir bütünün son parçası olması ve bu tatbikatın siyasetten, sosyolojiden, iktisattan vb. müstakil ol(a)maması, hukuki müesseselerin tetkikinde bu şartları da göz önünde bulundurmaya zaruri kılmaktadır. Hem mer'i Türk hukukuna dair hem de İslam hukukuna dair çalışmaların en büyük eksiğinin, bir hukuk tatbikatını ele alırken diğer sosyal şartları göz önünde bulundurmamak olduğunu söylemenin haksız bir eleştiri olmayacağı düşünülmektedir. Çünkü hukukun amacı insanların problemlerini çözmektir. İnsanların problemleri de ihtiyaçları da yaşadıkları zamanın şartlarından bağımsız olamaz. Dolayısıyla hukuki meseleleri "bütün şartlardan bağımsız, uzaydaki A ile uzaydaki B arasında gerçekleşen bir süreç" gibi görmek, tartışmaları anlamsız ve anlaşılmaz kılacaktır. Bu sebeple konumuz çerçevesinde sosyal şartların meseleye tesiri ayrıca tetkik edilmiştir. Bu suretle İslam hukuk tarihindeki Osmanlı devrinden bir hiyel tatbikatı olan muamele-i şer'iyeye ele alınıp meselenin hukuk tatbikatında nasıl bir rol oynadığı somutlaştırılarak gösterilmeye çalışılmıştır.

İslam hukukunda hiyel meselesini sadece fıkhi cihetten tetkik etmek bile bir makalenin sınırlarını fazlasıyla aşacaktır. Hal böyleyken bu makale, meseleyi hem fıkhi cihetten hem de sosyal cihetten tartışmayı hedeflemektedir. Zira hukuki tartışmalar bir tarafa, İslam hukuk tarihinde hiyel meselesi bir vakıdır. Dolayısıyla makalede mümkün mertebe "efrâdını câmi ağyârını mâni" bir yol takip edilmeye çalışılmıştır. Nitekim fıkıh kitaplarında bu konuda geniş malumat mevcuttur. Nihayet makalenin hedefi hile-i şer'iyenin şartlarını genel hukuk teorisi içerisinde tespit etmek, sosyal şartların bu tatbikata nasıl tesir ettiğini göstermek ve hiyelin hukuk tatbikatındaki rolünü ele almaktır.

## I. Hukuki Cihetten Hiyel Meselesi

İslâm hukuku dini menşeli bir hukuk sistemidir ve insanların her türlü faaliyeti hukukun şümûlüne girer<sup>3</sup>. İslâm hukukunun dini menşeli bir hukuk sistemi oluşu,

<sup>3</sup> Bu çerçevede modern hukukun, hukukun sahası dışında kabul ettiği ibadet vb. gibi hususlar da İslâm hukukunun şümûlündedir. M. Âkif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, (Beta 2009) 31 vd.; Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Hukuku*, (Arı Sanat 2014), 103 vd.; Cevâzın ahkâm-ı şer'iyeden olup olmaması ile alakalı bkz. Mansûrîzâde Saîd, 'Cevâzın Ahkâm-ı Şer'iyeden Olmadığına

bütün kâidelerin değişmez olduğu mânâsına da gelmemektedir<sup>4</sup>. Nitekim İslâm hukukundaki içtihat müessesesi, hakkında açık hüküm bulunmayan meselelerin hükmünün bulunması çabasıdır. Dolayısıyla İslâm hukukundaki pek çok meselede hüküm, hukuk ekollerinin (mezhepler) meseleyi ele alış tarzı ile irtibatlı olarak değişilmektedir. Yani İslâm hukuku bu ihtilafli hükümlerden müteşekkildir. Bu durum, hukuk doktrini açısından ciddi bir zenginliktir. Yine bu durum hukukun esnekliği cihetinden de önemlidir. Hem hukukun belirli sınırlar dahilinde esneklik kazanması hem de çeşitli durumlarda alternatifli hükümlerin mevcut olması, insanlara ve devlete hareket alanı açmıştır. Bu sebeple fikhî ihtilafların hem hukuki/dünyevi hem de uhrevî mesuliyet cihetinden *rahmet* olduğu İslâm hukuku kaynaklarında zikredilmiştir<sup>5</sup>. İşte bu ihtilafli meselelerden bir tanesi de hîle (hiyel) meselesidir.

Bu başlığın tasnifinde Osmanlı Devleti'nin resmi mezhebi olan Hanefî mezhebi esas alınmış, diğer mezhep görüşlerineyse ayrı bir alt başlıkta yer verilmiştir. Bunun temel sebebi, girişte de ifade edildiği üzere hîyelin hem hukuki hem de sosyal cihetten tetkikinin hedeflenmiş olmasıdır. Nitekim işbu tetkik dahilinde (yukarıda da ifade edildiği üzere) belirli bir hîle tatbikatı üzerinden somutlaştırma yapılmış ve bu misal Osmanlı hukuk tatbikatından seçilmiştir. Haliyle hukuki tetkikte de aynı usul tercih edilmiştir.

### A. Hîle Mefhumu

Kelime mânâsı itibariyle hîle, çare, çıkış yolu, çözüm, kurnazlık, maksada ulaşmak için fikir değiştirmek, maharet gibi mânâlara gelmektedir<sup>6</sup>. Arapçada "mahlâs" ve "mehâric" kelimeleri de bunu ifade etmek için kullanılmaktadır<sup>7</sup>.

Dair', (1330) 1/10 İslâm Mecmuası 295, 295-303.; İzmirli İsmail Hakkı, Mansûrîzâde'nin bu makalesine reddiye olmak üzere Sebilürreşad'da bir dizi makale kaleme almıştır. Bunlardan ilki için bkz. İzmirli İsmail Hakkı, 'Cevâzın Ahkâm-ı Şeriat'ten Olup Olmadığına Dair Nizâ Nizâ-ı Lafzîdir', (1330) 12/303 Sebilürreşad 296, 296-301.

<sup>4</sup> Bkz. Mehmet Erdoğan, *İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, (M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları 2016).; Ekrem Buğra Ekinci, *İslâm Hukukunda Değişimin Sınırı*, (Arı Sanat 2018).

<sup>5</sup> Bunlar hakkında bir değerlendirme için bkz. İbn Âbidîn, *Reddül-Muhtar*, Cilt 1, (1407(1987)) 44 vd.

<sup>6</sup> Abdullah b. Hasan Kazerûnî, *İşaratü Ba'zı Ehl'l-Vefâ bi Cem'i Ahkâm-ı Bey'l-Vefâ*, (İstanbul Müftülüğü Kütüphanesi 1166 No: 967), v.1-b.; İlm-i hiyelin matematik, teknik, mekanik mânâda kullanımları ile alakalı bilgi için bkz. Ebu'l-İzz el-Cezerî, *Tercüme-i Hiyel Mekanik Tercümesi*, Haz. İhsan Fazlıoğlu- Mustafa Koç, (Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı Yayınları 2014).; Cevat İzgi, 'Hiyel', *DİA*, Cilt 18, (TDV 1998) 178-180.

<sup>7</sup> Mustafa Baktır, 'İslâm Hukukunda Hile-i Şer'iyye', 2 İslami Araştırmalar 71, 71.; Hamdi Döndüren, 'Hîle-i Şer'iyye', Şamil İslam Ansiklopedisi, Cilt 3, (Dergah Ofset, 2000) 294.



Hîle kelimesi Kur'an'da bir yerde "çare", "kurtuluş yolu" mânâsında geçmektedir<sup>8</sup>. Türkçede başkalarını aldatmak mânâsında kullanılan hîle ise Arapçada "hud'a", "ğışş", "mekr" gibi kelimelerle ifade edilmektedir<sup>9</sup>.

Istilah mânâsı ile hîle, pek çok farklı tanıma ve tasnife tâbi tutulmuş, yapılan farklı tanımlar ise farklı hükümlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. İlk olarak hîle, "kişiyi istediğine ulaştırın şey" mânâsında anlaşılmış ve hukukî muamelelerin pek çoğu bu şekilde değerlendirilmiştir. Mesela, bir kadını seven kimse "benim ona ulaşmamın hîlesi (çaresi) nedir?" dediğinde kendisine "onunla evlen" denilir<sup>10</sup>. Bu mânâda kullanılan hîlenin mevzumuzla alakası yoktur.

### B. Hîle-i Şer'iyye-Hîle-i Bâtıla Tefriki ya da Meşrû ve Gayrimeşrû Hîleler

Hîle, bir hukukî neticeye farklı yollar kullanarak ulaşmak<sup>11</sup>; gayrimeşru bir neticeye meşru vasıtalarla ulaşmak<sup>12</sup> şeklinde basitçe tarif edilebilmekte olup hîle-i şer'iyye ve hîle-i bâtila olmak üzere ikiye ayrılır. Bu ayrım deliller başlığında da görüleceği üzere hiyel konusundaki en önemli ayrımdır. Nitekim hîlenin hem lehine hem aleyhine deliller bulunması, bir tasnif yapma zorunluluğunu gündeme getirmiştir.

Hîle-i şer'iyyeyi, hukuka uymakta bir zorluk ile karşılaşıldığında, insanları içinde buldukları zor durumdan hukukun sınırları dâhilinde kalarak kurtarma faaliyeti<sup>13</sup> veya bir kimsenin kendisiyle haramdan kurtulup helale ulaştığı yollar<sup>14</sup> şeklinde; hîle-i bâtilayı ise "*hukukî hükümleri kurnazca kullanarak başkası-*

<sup>8</sup> Bu ayet, hicret etmeye güç yetirmeyenlerin bundan muaf olduğunu bildirmektedir. "*Erkekler, kadınlar ve çocuklardan zayıf sayılanlar (çaresiz kalanlar) ve hiçbir çare (kurtuluş yolu) bulamayanlar müstesnadır.*" Nisa Suresi (4), 98.

<sup>9</sup> Hacı Zihni Efendi, *Nîmet-i İslâm*, (Matbaa-i Amire 1316), 206.; Bu kelimeler hakkında tafsilatlı bir değerlendirme için bkz. Saffet Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hîle*, (Birleşik Yayıncılık, 1996), 94 vd.

<sup>10</sup> Şemsü'l-eimme Ebû Sehl Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed Serahsî, *Mebûsât*, Ed., Cilt 30, (Mustafa Cevat Akşit ed, Gümüşev Yayınları 2008), 272.

<sup>11</sup> Serahsî, *Mebûsât*, Cilt 30 (n 10) 272 vd.

<sup>12</sup> İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l Muvakkîîn*, Cilt 3-4, (Pehlül Düzenli çev. Pınar Yayınları, 2017) 279 vd.; Saffet Köse, 'Hiyel', *DİA*, Cilt 28, (TDV 1998) 170-171.

<sup>13</sup> Mustafa Baktır, 'Hîle-i Şer'iyye', *İslâm'da İnanç, İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, Cilt 2, (M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2006) 796.; Ekrem Buğra Ekinci, 'Eski Hukukumuzda Hîle-i Şer'iyyeye Dair', (2006) (10)1-2 Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 4, 4.; Ercan Eser, 'İslam Hukuku Açısından Hîlenin Meşruiyeti (İslami Finans Kurumlar Örneği)', (2015) 25 İHAD 225: 228.

<sup>14</sup> Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hîle* (n 9)105.

*nın hakkını iptal etmek, geçersiz kılmak, hukukun emrini yapmamak veya yasakladığını irtikâb etmek<sup>15</sup>* ya da *“hakkı batıl, batılı hak göstermek<sup>16</sup>”* şeklinde tarif etmek mümkündür.

Bu ayrımın sınırlarının tespiti çok mühimdir. Zira pek çok ihtilaf buradan kaynaklanmakta ve bir hîlenin şer’i yahut batıl olduğunun tespiti, o hukukî muamelenin hükmünü belirlemektedir.

Hîle-i bâtıla, yukarıdaki tariften de anlaşılacağı üzere, hükümlerin arkasını dolaşarak bir başkasının hakkına tecavüz etmek veya hukukun emirlerini yerine getirmemektir. Hîle-i şer’iyye ise hukuka uygun davranmakta bir zorluk bulunduğu vakit, işbu zorluğa yine hukuka aykırı olmayan bir başka hal tarzı bulma arayışıdır. Daha müşahhas bir ifade ile hîle-i bâtılada *“kendisine itaat zarureti olan bir normla bundan kaçmaya çalışan yani bu norma itaat etmemek hem de bu itaatsizliğini gizlemek isteyen bir süje<sup>17</sup>”* vardır. Hîle-i şer’iyyede ise yine bir hüküm/norm vardır fakat bu hükme uymak, buna uyması icap eden kişiden - içinde bulunulan şartlar gereğince- beklenememektedir. Bu durumda kişinin uyması gereken hükme karşı bir isyanı yoktur, aksine bu kişi, hukukun içinde kalmak istemekte fakat bu mümkün olmamaktadır<sup>18</sup>. İşte hîle-i şer’iyye burada devreye girmekte ve bu yolla duruma münasip bir hal tarzı geliştirilmektedir.

Hîle-i şer’iyye ve hîle-i bâtıla zâhiren birbirine benzemektedir. Nitekim her ikisinde de şekli olarak hukuka uygun muamele/ler vardır. Fakat bunlar, gerçekte yasaklanmış bir muameleyi/neticeyi de gizliden gizliye bünyesinde barındırmaktadır. Bu ikisini birbirinden ayıran en mühim unsur ise niyettir. Hîle-i bâtıla da niyet, hukuktan kaçmak; hîle-i şer’iyyede ise hukuka uymaktır.

Hîle-i şer’iyye ile bâtılayı, benzer misaller üzerinden mukâyese etmek, aralarındaki farkı anlamaya yardımcı olacaktır. Hîle-i bâtılaya, bir kimsenin zekât vermemek için sene dolmadan önce zekât mallarını muvâzaalı bir akitle bir başkasına devredip daha sonra ondan geri alması, dolayısıyla da zekât konusu mal üzerinden bir sene geçmediği için malına zekât düşmeyecek olması misal olarak verilebilir. Böyle bir hîleye cevaz verilmemiştir<sup>19</sup>. Çünkü

<sup>15</sup> Ekinci, ‘Eski Hukukumuzda Hîle-i Şer’iyyeye Dair’ (n 13) 4.

<sup>16</sup> Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile* (n 9) 105.

<sup>17</sup> Hamide Topçuoğlu, *Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları)*, (Selüloz Basımevi 1950), 3.

<sup>18</sup> Topçuoğlu, *Kanuna Karşı Hile* (n 15) 284.

<sup>19</sup> Ebû Yusuf, *Kitâbü’l-Harâc*, (Beirut 1302), 80.; Serahsî, *Mebûsât*, Cilt 2 (n 10) 227, 275.; İbn Âbidîn, *Reddü’l-Muhtar*, Cilt 5 (n 5) 155.

burada kişi zekât mesuliyetinden kurtulmak niyetiyle bunu yapmıştır. Hîle-i şer'iyeye ise şu durum misal olarak verilebilir: İslâm devletinde zekât, devlet tarafından tahsil edilir<sup>20</sup>. Zekât toplayan idarecilerin, zekâtı sarf edilmesi gereken yerlere sarf etmedikleri biliniyorsa, zekâtla mükellef olan kimse, zekâtının gitmesi gereken yere ulaşması için yukarıdaki misalde yer alan muvâzaalı muameleyi yapar ve zekât borcundan, daha doğrusu bunu devlete ödemekten kurtulur. Sonrasındaysa zekâtını verilmesi gereken yerlere bizzat verir ve ibadetini yerine getirmiş olur. Görüleceği üzere, her iki muamelede de zekât verilmesi gereken mal sene dolmadan başkasına devredilmek suretiyle zekât borcundan kurtulunmaktadır. Bu durumda, görünüşte birbiri ile aynı olan iki ayrı hukukî muamele söz konusudur. Fakat bunlardan biri hukuka uygun, diğeriye değildir. Bunlar arasındaki en mühim fark niyettir. Nitekim birinci misaldeki kişi zekât verme mesuliyetinden kurtulmak için işbu muameleyi yapmakta, ikincisi ise vazifesini gereği gibi yerine getirebilmek adına aynı usulü takip etmektedir. Yine başka bir misalde mesela on altın zekât vermesi gereken bir zengin, zekât vereceği kadar altını bir çuval buğdayın içine koyar ve bir fakire verir. Bunu alan kimse çuvalın içinde altın olduğundan habersizdir. Daha sonra buğdayı alan kimseye "Sen bu kadar buğdayı ne yapacaksın? Bunu bana sat!" der ve içinde on altın da bulunan bir çuval buğdayı ondan satın alır ve zekât mesuliyetinden kurtulduğunu zanneder. Hâlbuki böyle bir hîle bâtıldır<sup>21</sup>. Zira niyet, zekât vermek değil bu mesuliyetten kurtulmaktır. Bir başka örnekte ise zekât verecek kimsenin bir fakirden alacağı vardır. Zekâtın - mutlaka mevcut mal varlığından çıkması gerektiği için- bu alacak ile takası mümkün değildir. Hem zekâtını vermek isteyen hem de alacağını tahsil etmek isteyen kimsenin, zekâtını alacaklısı olduğu fakire vermesi, zekâtı alan kimseninse aldığı zekât miktarı ile borcunu ödemesi halinde, işbu muamele hîle-i şer'iyeye kapsamında değerlendirilip caiz görülmüştür<sup>22</sup>. Nitekim burada niyet, zekât mesuliyetinden kurtulmak değil hem zekâtını ödemek hem de bu vesileyle borçlusunu borcundan kurtarıp alacağına kavuşmaktır. Bu ayırım göz önüne alınmaksızın, sadece zâhire bakılarak söylenecekler eksik olacaktır<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Erkal, 'Zekât', DİA, Cilt 44, (TDV 2013) 197-207.; Celal Yeniçeri, *İslam'da Devlet Bütçesi*, (Şamil Yayınevi 1984), 175 vd.

<sup>21</sup> İbn Âbidîn, *Redd'ü'l-Muhtâr*, Cilt 5 (n 5) 513 vd.

<sup>22</sup> *Fetâvâ-yı Hindiyeye*, Cilt 6, (Dâru'l-Fikr, 1310 (1991)), 391.

<sup>23</sup> Bu mevzuda kaleme alınan pek çok çalışmada hîle-i şer'iyeye ve hîle-i bâtıla ayırımı yapılmıştır. Bunlar için bkz. Jon E. Mandaville, 'Faizli Dindarlık: Osmanlı İmparatorluğunda Para Vakfı Tartışması', (1998) 51 çev. Fethi Gedikli Türkiye Günlüğü, 129-144.; Colin Imber, Şeriat-

Nitekim bir vâkıa hakkında değerlendirmede bulunurken, bu vâkıanın gerçekleştiği şartları ve tarafların niyetini göz önünde tutmak zaruridir.

Hîle kelimesinin Türkçede kullanılan mânâsı ile Arapça karşılığının farklı olması, modern devirde yapılmış pek çok çalışmada hîle-i şer'iyeye ile hîle-i bâtila ayrımının net şekilde yapılmaması ve bu ayrıma ilişkin kıstasların tam olarak tespit edilmemesi, hîle-i şer'iyeye mefhumunun galat olarak şer'i-bâtil bütün hîleler için ve kanuna karşı hîlenin karşılığı olarak kullanılıyor oluşu hîle-i şer'iyeye mefhumuna karşı bir önyargı oluşturmuştur. Bu sebeple hîle-i şer'iyeye ve hîle-i bâtilanın şartlarını tespit etmek gerekmektedir. Bu şartlar, hîlede şer'i ve bâtila ayrımı yapan ulemânın, bu ayrımı yaparken kullanmış olduğu ölçüler dikkate alınarak oluşturulmuştur.

---

tan Kanuna -Ebussuud ve Osmanlı'da İslami Hukuk-, (Murteza Bedir çev. Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 2004), 156.; Ronald Jennings, 'Loans and Credit in Early 17th Century Ottoman Judicial Records', (1973) 16 *Journal of the Economic and Social History of the Orient* 168, 168-216.; Osman Nuri Ergin, *Türkiye'de Şehirciliğin Tarihi İnkişafı*, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1936), 27 vd.; Osman Nuri Ergin, *Mecelle-i Umur-u Belediye*, Cilt 1, (İstanbul Büyükşehir Belediyesi 1995), 283.; Neşet Çağatay, *Güncel Konular Üzerine Makaleler*, (Türk Tarih Kurumu Basımevi 1994), 67.; Ömer Lütfi Barkan-Ekrem Hakkı Ayverdi, *İstanbul Vakıfları Tahrir Defteri 953 (1546) Tarihli*, (1970), 32.; Mustafa Akdağ, *Türkiye'nin İktisadî ve İçtimâî Tarihi*, (Yapı Kredi Yayınları 2018), 539 vd.; Şevket Pamuk, *Osmanlı-Türkiye İktisadî Tarihi 1500-1914*, (İletişim Yayınları 2015), 76.; Şevket Pamuk, *Osmanlı Ekonomisi ve Kurumları*, (Türkiye İş Bankası Yayınları 2016), 6.; Süleyman Uludağ, *İslâm'da Faiz Meselesine Yeni Bir Bakış*, (Dergâh Yayınları 2010), 152 vd.; Abdülaziz Bayındır, *Ticaret ve Faiz*, (Süleymaniye Vakfı Yayınları 2007).; Abdülaziz Bayındır, 'Osmanlılarda Nazari ve Tatbiki Olarak Faiz', *İslam Ekonomisinde Finansman Meseleleri Sempozyum Bildiri Kitabı*, (Ensar Neşriyat 1992).; Burada ayrıca zikri gereken bir eser, Saffet Köse tarafından hazırlanan "İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hîle" isimli doktora tezidir. Bu tez konuyu tafsilatlı bir şekilde anlatmış ve çok sayıda misal zikretmiştir. Yine fukahânın hîle meselesi ile ilgili görüşleri tafsilatlı bir biçimde zikredilmiştir. Müellif, meşhur hîle-i şer'iyeye kitaplarından olan ve Ebû Hanîfe'ye nisbet edilen "el-Mehâric fi'l hiyel" isimli kitabın içeriğini ve Ebû Hanîfe'ye nisbetini tartışırken bu kitabın Ebû Hanîfe'ye nisbetinin mümkün olmadığını fakat bazı güvenilir eserlerde Ebû Hanîfe'den nakledilen bazı hîlelerin mevcut olduğunu söylemekte, bununla birlikte bu hîlelerin hiçbirisinde "hikmet-i teşrie" aykırı bir hüküm olmadığını, bu hîlelerin bir hakkı iptal etmeksizin darlıktan kurtulmak için gösterilmiş çareler olduğunu belirtmektedir. Burada Köse, aslında hîle-i şer'iyeye ile hîle-i bâtila ayrımını yapmıştır. Yine eserde delillerin değerlendirildiği bölümde "İslam Hukukunun Maksatlarına Aykırı Olmayan Hiyel'in Cevazına Dair Ortaya Konan Deliller" ve "İslam Hukukunun Ruhuna Aykırı Hilenin Caiz Olmadığına Dair Deliller" başlığı altında aslında hîle-i şer'iyeye ve hîle-i bâtila ayrımı yapılmıştır. Fakat eserin devamında bazı yerlerde bu ayrım yapılmamış ve hîle-i şer'iyeye ile hîle-i bâtila bazı misallerde aynı kefeye konmuştur. Bunlar için bkz. Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hîle* (n 9) 118, 173, 235, 313. Ayrıca bkz. Saffet Köse, 'Hîle-i Şer'iyeye Konusunda Ebû Hanîfe'ye Yöneltilen İthamlar', (2012) 19 İHAD 149, 161.

Hakkında özel hüküm bulunan meseleler hariç olmak üzere, İslâm hukukuna göre caiz olmayan hîleleri ifade eden hîle-i bâtilanın şartlarını<sup>24</sup> şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Şeklen hukuka uygun bir muamelenin var olması. (Eğer yapılan muamele bizzat hukuka aykırı ise burada bir hîle değerlendirmesi yapmaya gerek yoktur. Zira hîlenin ilk şartı, şeklen de olsa hukuka uygun bir muamelenin var olmasıdır. Ortada şeklen dahi olsa hukuka uygun bir muamele yoksa bu durum bir neticeye bizatihi haram bir yoldan ulaşmak mânâsına gelir ve haliyle doğrudan haram kategorisine girer. Mesela kocasından boşanmak isteyen kadına irtidat etmesini -böylece nikâhın fesholmasını sağlaması-, ardından tekrar Müslüman olmasını tavsiye etmek bu kabildendir<sup>25</sup>.)
2. Bu muamelenin içerisinde hîle iradesinin bulunması. (Hîle iradesi, yapılan muamelenin hîle kastı ile yapılmasını ifade eder. Yani tabii seyri içinde gerçekleşen hukukî muameleler, şeklen bir hîle türüne benzese bile kasıt bulunmadığı için hîle sayılmaz.)
3. Nihai hedefe, araya başkaca hukukî muameleler sokularak ulaşılmaması.
4. Hukuktan kaçma niyeti ve/veya bu muamele ile üçüncü şahısların haklarının haleldâr edilmesi. (Bir hîle ile üçüncü bir şahsın hakkı haleldâr edilmiyorsa o hîleyi bâtil yapan niyettir. Fakat bu hîle ile üçüncü bir kimsenin hakkı haleldâr ediliyorsa söz konusu muamele, niyet göz önüne alınmaksızın hîle-i bâtila olarak değerlendirilir.)

Hakkında özel hüküm bulunan meseleler hariç olmak üzere, İslâm hukukuna göre caiz olan hîleleri ifade eden hîle-i şer'îyyenin şartlarını da şu şekilde sıralamak mümkündür:

1. Şeklen hukuka uygun bir hukukî muamelenin var olması.
2. Bu muamelenin içerisinde hîle iradesinin bulunması.
3. Nihai hedefe, araya başkaca hukukî muameleler sokularak ulaşılmaması.

<sup>24</sup> Köse, "kanuna karşı hilenin" üç şartını şu şekilde tespit etmiştir: Şeklen kanuna uygun bir muamele, kanunun ruhuna aykırı bir netice ve hîle kastı. Köse, İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hîle (n 9) 112.

<sup>25</sup> Bir kısım ulemâ bu tür yolları da hîle-i bâtila kapsamında değerlendirmiştir. Buna göre hîle-i şer'îyye sayılamayacak bütün hîleler hîle-i bâtila kategorisine girer. Buradaki tasnife göre ise şeklen hukuka uygun olmayan bir muamelede hîle değerlendirmesi yapmaya dahi gerek yoktur. Bu nazari farklılık, neticeyi değiştirmemektedir ve her iki yaklaşıma göre de bu tür muameleler caiz değildir.

4. Hukukun içerisinde kalma niyetinin var olması. (Bu niyet, bir kimsenin hukuka uymak istemesini fakat bu hususta bir zorluk bulunması münasebetiyle bunu yerine getirememesini ifade eder. Dolayısıyla burada niyet, zaruret halini de hâvi bir şekilde kullanılmıştır<sup>26</sup>. Yine hîle iradesi ile hukukun içerisinde kalma niyetinin beraber bulunması yani hukukun içinde kalarak hileli davranmak bir çelişki gibi görünebilir. Fakat bu yol zaten hukuk tarafından meşru görüldüğü yani ona müsaade edildiği için vardır.)
5. Üçüncü şahısların haklarının haleldâr edilmemesi.

Türkçede kullanılan iki tabir, hîle-i şer'iyeye ve hîle-i bâtila ayrımını anlamaya yardımcı olmaktadır. "Kitabına uydurmak" hîle-i bâtilayı, "kitapta yerini bulmak" ise hîle-i şer'iyeyi tasvir etmekte ve bunların arasındaki ayrımı veciz bir şekilde ortaya koymaktadır.

Literatürde hîle-i şer'iyenin umumiyetle günümüz hukukundaki kanuna karşı hîle müessesesinin karşılığı olarak kullanılması, bu iki mefhum arasında bir mukayese yapılmasını zaruri kılmaktadır. Hamide Topçuoğlu'nun hazırladığı ve modern hukukta "Kanuna Karşı Hile"yi anlatan doktora tezinde bu mukayese yapılmıştır ve işbu tezdeki bazı değerlendirmeler, ehemmiyetine binaen makalemizde zikredilip açıklanmıştır. Topçuoğlu'na göre: "*Vakıa İslâmiyet'te Allah ile kul arasına giren bir ruhban sınıfı yoktur. Fakat müşkül durumda kalan fert, câiz olup olmadığında mütereddid olduğu bütün hareketlerinde ulemâya danışmak ihtiyaç ve itiyadındadır. İşte hîle-i şer'iyeye dediğimiz usul bu iki zıt durumu telif zorunda kalan ferde müçtehid, müftî, kadı gibi yetkili kimselerin birtakım kurta-ricı meşru hareket tarzlarını tavsiye etmelerinden ibarettir. Görülüyor ki mefhumun esası bakımından kanuna karşı hileden çok uzaktayız. Burada bir şeriat hükmünden kaçınılmak istenmiyor ve fert böyle bir kaçınmayı emr-i vâki olarak yapmamıştır. O bütün bu şer'î hükümler dairesinde kendi husûsi hali ve içinde bulunduğu zaruretin karşılanması bakımından nasıl hareket etmesi gerektiğini, bu şer'î hükümlerin mütehassısı ve koruyucusu olan bir kimseye sormaktadır ve hattı hareketini bu yetkili kimse tayin edecektir. O da bu tavsiyeye göre hareket edecektir. Vakıa bu hareketler zamanla teâmül halini alır, fakat bu teamüllerin menşeleri daima böyle olmuştur. Görülüyor ki mefhumun esası bakımından "kanuna karşı hile" den çok uzaktayız. Bugün vazifesini müdrük bir avukatın müvekkili için göstereceği hukukî çare yani meşru hareket tarzı ne ise İslâmın*

<sup>26</sup> Hîle-i şer'iyeye ile zaruret halinin münasebeti için bkz. "1. Zaruret Hali" başlığı.

*da esas itibarile hîle-i şer'îyyesi oydu<sup>27</sup>.” “Hîle-i şer'îyyede tebârüz eden husûsiyet herhangi âmir hükmü bertaraf etmek arzusundan ziyade, tahaddüs etmiş olan karışık ve pürüzlü duruma en uygun hukukî hal suretini bulma vakiasıdır<sup>28</sup>.” “Tetiklerimizde kanuna karşı hile ile bu mefhum arasında tebarüz ettirdiğimiz farkı tekrar hatırlatalım ki yapılan muamelelerin şekil ve maksatları bakımından değil, bu hadiseler verilen hukukî değer ve mânâ bakımındandır. Kanuna karşı hile ferdin kanun hükümlerine karşı bir isyanını saklar. Yani bir tarafta bir hukuk nizamı öbür tarafta asî ve kurnaz bir fert vardır. Mücadele bu iki taraf arasındadır. Hâlbuki hîle-i şer'îyyede fert aynı hukuk nizamının muayyen emirlerinden kurtulmak için kendisine gene aynı hukuk nizamı tarafından (onun mümessili olan kadı veya müftî vasıtasile) gösterilen bir başka hal çaresini tercih etmektedir. Ona “bu muameleyi şöyle yaparsan müeyyideye mâruz kalırsın fakat bu şekilde de yapılabilir. Eğer bu şekli tercih edersen hem istediğin olur hem müeyyideden kurtulursun” denmektedir. Tabiri caizse ve hile-i şer'îyye kanuna hileye muadil telakki edilirse kanuna hileyi burada bizzat kanun yapmaktadır. Bu itibarla kanun koyanın iradesinin ferdi zekâların kurnazlıklarına, ferdi iradenin isyanına karşı himaye edilmesi meselesi burada rol oynamamaktadır. Ferdin karşısında bir tek hukuk sistemi vardır. Harekâtında takip edeceği vasıtalı veya vasıtasız gizli veya açık yolları esasen bizzat bu hukuk sistemi göstermektedir. Bu bakımdan kendisiyle hukuk nizamı namına mücadele edilecek bir problem olan kanuna karşı hileden çok uzakta bulunuyoruz. Hile-i şer'îyye tenkili gereken ferdi bir ihlal değil, olsa olsa suistimale fazla müsait hukukî bir müessese, hukukî bir usuldür<sup>29</sup>.” Bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere kanuna karşı hîle, bir hukuk sisteminin koyduğu kâidelerden kaçmak, bu kâideleri delerek menfaat sağlamak isteyen bir kimse ile o hukuk sistemi arasındaki bir mücadeledir. Hîle-i şer'îyyede ise hukuka uymakta zorlanan bir kimse yine aynı hukuk sisteminin gösterdiği bir başka yoldan giderek hem içinde bulunduğu zor durumdan kurtulmakta hem de hukuk sistemi ile karşı karşıya gelmemektedir. Bu münasebetle hîle-i şer'îyyeyi, kanuna karşı hîlenin ikâmesi olarak kullanmak doğru değildir. Belki hîle-i bâtıla, bugünkü hukukumuzda kullanılan *kanuna karşı hîle* mefhumunun karşılığı/benzeri olarak değerlendirilebilir. Nitekim kanuna karşı hîlenin de hîle-i bâtılanın da temel maksadı hukuk sisteminin koymuş olduğu kâidelerden kaçarak menfaat elde etmek veya bu yolla üçüncü kimselerin haklarını haleldâr etmektir.*

<sup>27</sup> Topçuoğlu, *Kanuna Karşı Hile* (n 17) 284.

<sup>28</sup> Topçuoğlu, *Kanuna Karşı Hile* (n 17) 287.

<sup>29</sup> Topçuoğlu, *Kanuna Karşı Hile* (n 17) 292.

### C. Hîlenin Delilleri

Hîlenin delilleri, Hanefîlerin temel yaklaşımı üzerine binâ edilen hîle-i şer'îyye-hîle-i bâtıla ayrımı göz önüne alınarak bir değerlendirmeye tâbi tutulmuş ve deliller hakkındaki tartışmalara girilmemiştir. Nitekim hîleyi caiz görmeyen mezheplerin/ulemânın aşağıda zikredilen delilleri farklı şekilde/usulle değerlendirdiği gözden uzak tutulmamalıdır. Fıkıh kitaplarında, hîle mevzuunda burada ele alınanlardan başka pek çok delil zikredilmiş ve tartışılmıştır. Fakat hem yukarıda belirtilen gerekçeler hem de mezkûr kitaplarda zikredilen delillerin bir kısmının burada ele alınan teknik mânâda hîle kapsamına girmemesi münasebeti ile makalemizde sadece bazı deliller ele alınmış ve mevzunun tafsiyatı alakalı eserlere havale edilmiştir. Yukarıda ifade edildiği üzere tetkik edilen deliller göz önüne alındığında bu meselenin şer'î-bâtıl ayrımı yapılmadan ele alınamayacağı anlaşılacaktır.

#### 1. Hîle-i Şer'îyyenin Cevazına Dair Deliller

İslâm hukuku kaynaklarında hîle-i şer'îyyenin cevazına dair pek çok delil zikredilmiştir. Bu delillerden bir kısmı zaruret-zorluk durumunda nasıl hareket edilmesi gerektiği ile alakalı iken diğer bir kısmı da aynı neticeye başka yollarla ulaşmanın farklı hükümlerinin olabileceği ile alakalıdır.

##### a. Kitap

Kurân-ı Kerîm'de Hz. Eyyûb ile karısı arasında geçen hadise, hîle-i şer'îyyenin cevazının en mühim delili olarak gösterilmektedir<sup>30</sup>. Buna göre Hz. Eyyûb hasta olduğu esnada karısına yüz değnek vurmaya yemin etmiş fakat daha sonra bu yeminden kurtulmak istemiştir. Bu durumdan kurtulması için "Ona (Eyyûb'a) eline bir demet sap al da onunla vur ve yeminini bozma"<sup>31</sup> emri nâzil olmuş ve Hz. Eyyûb'un bu şekilde yeminini yerine getirmiş olacağı bildirilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus bu yolla hem Hz. Eyyûb'un hem karısının içinde bulunduğu zor durumdan kurtarılması hem de yeminin yerine getirilmesidir. Mezkûr emir ile yeminin bu şekilde yerine getirilmesi, yemini

<sup>30</sup> Serahsî, *Mebûsût*, Cilt 30 (n 10) 272.; İbn Kayyim, *İ'lâmü'l Muvakkîin*, Cilt 3-4 (n 12) 248 vd.; Saîd b. Ali Semerkandî, *Cennetü'l-Ahkâm ve Cünnetü'l-Hisâm fî'l-Hiyel ve'l-Mehâric*, (Saffet Köse- İlyas Kaplan Haz., Dâru's-Sadr, 2011), 21.; İzmirli İsmail Hakkı, *İlm-i Hilâf*, (Hukuk Matbaası, 1330), 148.; Önceki şeriatların İslâm hukukunda delil olması ile alakalı bilgi için bkz. İzmirli, *İlm-i Hilâf*, 118-122.; Ekrem Buğra Ekinci, *İslam Hukuku ve Önceki Şeriatler*, (Arı Sanat Yayınları 2003).; İbrahim Kâfi Dönmez, 'Şer'u Men Kablenâ', *DÎA*, Cilt 39, (TDV 2010) 15-19.

<sup>31</sup> Sâd Suresi, 44.



bozmaya müreccah kılınmıştır. Nihayetinde maksat, Hz. Eyyûb'un yeminini bozmadan yeminin gereğini emredildiği şekliyle fakat farklı bir yolla yerine getirilmesini sağlamak ve onları içinde buldukları zor durumdan kurtarmaktır. Bu misalde Allah, bu yeminin mesuliyetini Hz. Eyyûb'den kaldırdığını da bildirebilirdi fakat ayette böyle emredilmemiştir.

### **b. Sünnet**

Hz. Eyyûb ile karısı arasında geçen hadisenin bir benzeri de Hz. Peygamber'den nakledilmiştir. Buna göre bir kişinin zina suçu işlediği sabit olmuş ve kendisine yüz değnek vurulmasına hükmedilmiştir. Fakat bu kişi cezaya dayanamayacak kadar hasta ve zayıftır. Hz. Peygamber durumu öğrenince bu kişiye "*içinde yüz tane sap/filiz bulunan bir demet ile*" vurulmasını emretmiş ve ceza bu şekilde infaz edilmiştir<sup>32</sup>. Burada da maksat kişinin helâki değil, hükmün yerine getirilmesidir. Zira had suçlarının en mühim maksadı, ceza verilmesini temin değil amme nizâmını muhafazadır<sup>33</sup>. Bu olayda Hz. Peygamber, hastadan cezanın kaldırılmasını da emredebilirdi fakat böyle emretmemiş ve ceza belirtilen şekilde tatbik edilmiştir.

Benzer bir başka misalde de Hz. İbrahim'in hanımları arasında bir münakaşa olmuş ve Sâra, Hacer'in bir uzvunu kesmeye yemin etmiştir. Daha sonra pişman olmuş ve bu yeminden kurtulmak istemiştir. Bunun üzerine Cebrail, Hz. İbrahim'e, Sâra'nın Hacer'in kulağını delmesini ve bu şekilde yeminini yerine getirmiş olacağını bildirmiştir<sup>34</sup>. Burada da Hz. Eyyûb'un misalinde olduğu gibi yemin mesuliyeti kaldırılmak yerine, farklı bir biçimde de olsa bu mesuliyetin yerine getirilmesi istenmiştir.

<sup>32</sup> Ebû Dâvûd, 'Hudûd', 34.; Ahmed b. Hanbel, Müsned, Cilt 5, 222.; İbn Mâce, Hudud, 18.

<sup>33</sup> Had suçlarının en mühim maksadının ceza verilmesi değil, amme nizamının muhafazası olması had suçlarının özelliklerinden de görülebilmektedir. Nitekim hadler en ufak şüphe ile düşürülür; (kul hakkı bulunmayan durumlarda) şahitlik yapmamak yapmaktan iyidir; suçu bildirmemek bildirmekten iyidir; zamanaşımı ile ceza düşer; şikâyet hakkı varislere intikal etmez; şahitlikten ve ikrârdan dönmek muteberdir. Bütün bunlardan anlaşılacaktır ki had suçları insanları cezalandırmaktan ziyade suçun toplumda yayılıp amme nizamını tehdit etmesini önlemeye matuftur. Fakat işin içine kul hakkının girdiği kısas suçları için mezkûr ilkelerin geçerli olmadığı, hak sahibi haricinde kimsenin bu haklardan onun adına vazgeçemeyeceği ifade edilmelidir. Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (n 3) 158 vd.; Ekinci, *Osmanlı Hukuku* (n 3) 344.; Bu çerçevede modern ceza muhakemesi hukukunun temel hedefi/maksadı olan *maddi gerçeğe ulaşmak*, İslâm hukukunda had suçları için mutlak bir hedef olarak görülmez. Mehmet Akman, *Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması*, (Eren Yayıncılık 2004), 17.

<sup>34</sup> *Fetâvâ-yı Hindiyîye*, Cilt 14 (n 22) 279.; İbn Kayyım el-Cevziyye, *Tuhfetü'l-Mevdûd bi-Ahkâmî'l-Mevlûd*, (Darü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1403 (1983)), 147.; Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, (n 9) 272.

Talak ile alakalı olarak rivâyet edilen bir hîle-i şer'iyeye misali şöyledir: Bir gün birisi Hz. Peygamber'e gelmiş ve kardeşim ile konuşursam karım üç talakla boş olsun diye yemin ettim demiştir. Bunun üzerine Hz. Peygamber *"karını bir talakla boşa, iddet süresi bitince kardeşinle konuş ve sonra onu tekrar nikâhla"* demiştir<sup>35</sup>. Bu yolla kişi karısını bir talakla boşamış olmaktadır. İddet bittikten sonra onunla tekrar bir nikâh kıyması da mümkündür.

Aynı neticenin farklı hukukî muameleler ile elde edilmesinin, farklı hükümleri olabileceğine dair bir rivâyet ise şöyledir: Hz. Peygamber, Hayber'e bir kişiyi zekâtları toplamak üzere âmil olarak vazifelendirmiş, bu kişi dönüşte güzel bir cins hurma getirmiştir. Hz. Peygamber, Hayber hurmalarının hepsinin böyle mi olduğunu sual edince bu kişi, kendisindeki başka bir cins hurmadan iki ölçek verip bundan bir ölçek aldığını söylemiştir. Bunun üzerine Hz. Peygamber, *"Böyle yapma! Elindeki hurmayı para ile sat. Sonra da bu parayla istediğin hurmayı al"* demiştir<sup>36</sup>. Zira (ribevî mallardan)<sup>37</sup> aynı cins malların değişiminde, mallardan birisi fazla olursa (malların kalitesi farklı bile olsa) bu fazlalık faiz olur. Misalde hurmaların el değiştirmesinin bir trampa akdi ile gerçekleştirilmesinden, hurmaların miktarlarının farklı oluşundan ve hurmanın da ribevî mallardan olmasından mütevellit, farklı miktarlarda hurmalar üzerine yapılan bu trampa akdi caiz değildir<sup>38</sup>. Hz. Peygamber ise bunun iki satım akdi ile gerçekleştirilmesini emretmiştir. Buradan anlaşılmaktadır ki aynı neticenin, araya satım akdi sokularak yapılması caizdir. Mezkûr vâkıadaki durum "Burada hedef, aynı kişiye bir miktar hurma verilip karşılığında bu kişiden bir miktar hurma alınmasıdır. Bu muamelenin neticesi, hurmalar farklı miktarlarda değişirse de farklı fiyatla karşılıklı olarak satılsa da aynıdır" şeklinde de düşünülebilir ama böylesi bir görüş meşru sayılmamıştır. Dolayısıyla iki mesele arasındaki hukukî fark, temel fark olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>39</sup>. Buradan, aynı neticenin farklı

<sup>35</sup> Serahsî, *Mebûât*, Cilt 30 (n 10) 273.

<sup>36</sup> Buhârî, 'Büyû', 89.; Müslim 'Müsâkât', 95.

<sup>37</sup> Ribevî mal, faize tâbi mal olarak basitçe tarif edilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Orhan Çeker, *İslâm Hukukunda Akidler*, (Tekin Kitabevi 2014), 223 vd.; Beşir Gözübenli, 'Keylî', DİA, Cilt 25, (TDV 2002) 361-362.; Hasan Hacak, 'Vezni', DİA, Cilt 43, (TDV 2013) 95-98.; İsmail Özsoy, 'Faiz', DİA, Cilt 12, (TDV 1995) 110-126.

<sup>38</sup> Serahsî, *Mebûât*, Cilt 12 (n 10) 205 vd.; Semerkandî, *Cennetü'l-Ahkâm* (n 30) 21.; Mehmed Hilmi el-Akhisârî, *Risâle fî Beyâni'r-Ribâ ve'l-Bey'i'l-Fâsid*, (Manisa İl Halk Kütüphanesi, Manisa Akhisar Zeynelzade Koleksiyon, Arşiv No: 45 Ak Ze 5844/1), v.2-a vd.; Ekinci, 'Eski Hukukumuzda Hîle-i Şer'iyeye Dair' (n 13) 7.

<sup>39</sup> Bayındır, *Ticaret ve Faiz* (n 23) 144.; Modern hukukta da hukukî farkın temel fark olduğunu gösteren pek çok misal vardır. Nitekim neticesi aynı iki hukukî mesele arasında mevcut olan

yollardan elde edilmesinin, o şeyin hükmünü değiştirebileceği anlaşılmaktadır ki bu durum hile-i şer'iyeye ve muamele-i şer'iyeye açısından da mühimdir. Zira tafsilatı ileride açıklanacağı üzere hile-i şer'iyede de muamele-i şer'iyede de aynı neticeye farklı yollarla ulaşma hali mevzubahistir.

Bir başka rivâyete göreyse Sahâbîlerden Berire, kendisine sadaka olarak verilen etin bir miktarını Hz. Âişe'ye hediye etmiştir. Hz. Peygamber bu etten yemek isteyince Hz. Âişe, etin tasadduk olduğunu hâlbuki kendisinin sadaka almasının haram kılındığını hatırlatmış, Hz. Peygamber ise *"Bu, Berire'ye sadaka, bizeyse hediyedir"*<sup>40</sup> diyerek etin vasfının değiştiğini vurgulayarak etten

ve basit olarak görülebilecek farklar bu muamelelerin hukukî vasfını değiştirir. Mesela mer'î hukukumuzda, bir kişinin menkul bir eşyasının mülkiyetinden vazgeçip o eşyayı terk etmesi, ardından da birisinin gelip malı ihraz etmesi halinde mülkiyeti kazanır. Aynı netice bağışlama akdi ile de elde edilebilir. Fakat bu iki muamele hem kuruluşu hem hükümleri bakımından birbirinden çok farklıdır. Bağışlama bir akittir, ihraz ise bir hukukî tasarruftur. Dolayısıyla sadece sözleşme ehliyeti hususunda bile bu iki muamele arasında çok sayıda fark vardır. Nitekim ihraz bir eşya hukuku, bağışlama ise bir borçlar hukuku bahsidir. Bkz. TBK, m.285.; TMK, m.767.; Bu meseleyi vuzuha kavuşturmak niyetiyle somut bir misal üzerinden izahat yaparak meseleyi değerlendiren Bayındır'ın ifadelerine aynen yer vereceğiz: *"Aynı marka ve aynı model birer otomobil almak için Ahmet ile Mehmet birlikte bir oto galerisine giderler. Otomobilin peşin fiyatı 15.000 lira. Ahmet onu, bir yıl vadeli 18.000 liraya alır. O sırada Hasan gelir; Mehmet'e "15.000 lira vereyim, otomobili peşin al, bana bir yıl içinde 16.000 lira öde" der; Mehmet de kabul eder ve otomobili peşin 15.000 liraya alır. Bunun faizli borç olduğu açıktır. Ama otomobili Hasan alıp Mehmet'e satsaydı faiz olmazdı. Deniyor ki: "Asıl mesele finansman sağlamak değil midir? Hasan otomobili kendi adına alıp satsa bile onun niyeti otomobil almak değil, finansman sağlamaktır. Esas burayı aydınlatmak gerekir. Evet, burada şeklen bir farklılık var, ama işin aslı itibarıyla faizli işlemle bunun arasında bir fark yokmuş gibi gözüküyor. İki şahıstan biri otomobili, ticarî yoldan daha pahalıya, diğeri faizli dediğimiz yoldan daha ucuza almış oluyor. İşin aslı bir araba almaktır. Bu bir hukukî fark gibi gözüküyor; ikisi arasında temel bir fark var mıdır?" **Hukukî fark, temel farktır. O fark bu iki şeyi ayırmakta, birine alım satım, diğere de faizli işlem denmesine sebep olmaktadır. Bu basit bir fark olmadığı için bankalar taşıt kredisi verme yerine taşıt satışı yapamazlar. Çünkü o zaman kredi kurumu değil, ticarî kurum olurlar. Bu onların ne yapısına ne de işleyişine uyar. "İşin aslı bir araba almaktır." deniyor. Doğru, ama biri faizli yoldan, diğeri de faizsiz yoldan almaktır. Meselâ bir elma ağacının yanına iki kişi gelse, biri kabını doldurup gitse, diğeri ağacın sahibinden izin aldıktan sonra kabını doldursa, birincisi hırsız sayılıp cezalandırılır, ama ikincisine bir şey denemez. Bu hırsızlık olayı, "İşin aslı elma yemektir." denerek savunulamaz.***" Bayındır, *Ticaret ve Faiz* (n 23) 144. Müellif bu değerlendirmeyi yaptıktan sonra eserinin ilerleyen bölümlerinde bu kanaatin aksine ifadeler zikretmiştir. Burada *"Ama otomobili Hasan alıp Mehmet'e satsaydı faiz olmazdı"* değerlendirmesinden sonra, eserinin 241. sayfasında *"Muamele-i şer'iyede mal, doğrudan veya dolaylı olarak satıcısına tekrar satılmak üzere alınır. Bunu alanların alım satım yapmayı amaçlamadıkları açıktır"* demiş ve muamele-i şer'iyeyi faizli muameleler kategorisine sokmuştur. Hâlbuki her iki muamelede de maksat aynıdır.

<sup>40</sup> Buhârî, 'Zekât', 62.; Müslim, 'Zekât', 170-172.; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, Cilt 6, 180. Buna benzer başka bir hadis ve değerlendirmesi için bkz. Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile* (n 9) 113.

yemiştir. Burada da görüldüğü üzere araya başka bir hukukî muamelenin girmesi, eşyanın vasfını ve dolayısıyla onun hükmünü değiştirebilir. Hîle-i şer'iyenin temel usulü de araya başkaca hukukî muamele/ler sokarak vasıf ve dolayısıyla hüküm değişikliği yaptırmaktır. Dolayısıyla bu misal ile hîle-i şer'iyeye birbirine benzemektedir. Bir başka veçheden bakıldığında ise bu misalde etin vasfı, bundan istifade edecek kimsenin herhangi bir malumatı ve dahli olmaksızın kendiliğinden değişmiştir. Yani araya girip eşyanın vasfını değiştiren hukukî muamele ile bundan istifade eden kimse arasında herhangi bir irtibat, dolayısıyla da hîle iradesi mevcut değildir. Fakat hîle-i şer'iyede vasıf değişikliği, bundan istifade edecek kimsenin malumatı ve/veya dahli ile gerçekleştirilmekte, yani hîle iradesi bulunmaktadır. Dolayısıyla bu misalin hîle-i şer'iyenin meşrûiyetine delil olarak zikredilemeyeceği de söylenebilir.

### **c. Diğer Deliller**

Hîle-i şer'iyenin caiz olduğuna dair yukarıda zikredilen delillerden yola çıkan bazı müçtehidler, kıyas yaparak pek çok diğer meseleyi de bunlara benzetmiş ve hîle-i şer'iyeyi caiz görmüştür.

## **2. Hîle-i Bâtılanın Caiz Olmadığına Dair Deliller**

İslâm hukuku kaynaklarında hîle-i bâtila'nın caiz olmadığına dair pek çok delil zikredilmiştir. Bu delillerden bir kısmı gayrimeşru bir neticeye ulaşmak niyetiyle meşru vasıtalardan kullanmanın caiz olmadığını ifade ederken, diğer bir kısmı da mükellefiyetlerin hîle ile düşürülmesinin caiz olmadığını ifade etmektedir.

### **a. Kitap**

Hîle-i bâtilanın caiz olmadığına dair zikredilen delillerden birisi, Yahudilerin sebt (cumartesi) yasağını nasıl çiğnediklerinin anlatıldığı ayetlerdir. Yahudilikte cumartesi günü mukaddes kabul edilir ve o gün iş yapmak onlara yasaktır ki avlanma yasağı da buna dâhildir. Cumartesi günü bolca gelen balıkları avlamak isteyen Yahudiler ise balıkları o gün havuzlara alıp ertesi gün avlamışlardır. Bu durum Kur'an'da *"İçinizden cumartesi günü hakkındaki hükmü çiğneyenleri elbette biliyorsunuz. Bu yüzden onlara "aşğılık maymunlar olun!" demiştik. Biz bunu hem çağdaşlarına hem de sonradan geleceklere ibret veren bir ceza, mütakiler için bir öğüt kıldık<sup>41</sup>"* şeklinde ifade edilmiştir. Bu meselede Hz. Peygamber de *"Yahudilerin yaptıklarını yapmayın. Onlar Allah'ın haram kıldığı şeyleri*

<sup>41</sup> Bakara Suresi (2), 65-66.; Ayrıca bkz. A'râf Suresi (7), 163-166.

*en bayağı hîlelerle helal kılmaya yeltenmişlerdir*<sup>42</sup> demiştir. Burada bu yasağı çiğneyenlerin niyeti yasağı delerek menfaat elde etmektir ve bunu meşru vasıtalar kullanarak gayrimeşru neticeyi elde etmek suretiyle yapmışlardır<sup>43</sup>.

### **b. Sünnet**

Yahudilerin sebt yasağını ihlal etmesi hakkında Hz. Peygamber *“Yahudilerin yaptıklarını yapmayın. Onlar Allah'ın haram kıldığı şeyleri en bayağı hîlelerle helal kılmaya yeltenmişlerdir”* buyurmuştur. Yukarıda da ifade edildiği üzere burada, gayrimeşru bir neticeye meşru vasıtalarla ulaşma ve bundan menfaat elde etme niyeti mevzubahistir.

Bey'u'l-iyne ile alakalı hadis de hîle-i bâtilanın caiz olmadığını göstermektedir. Borç isteyen birine bir malı vadeli ve yüksek fiyatlı satıp peşin ve daha ucuza geri almak olarak tarif edilebilecek<sup>44</sup> bey'u'l-iyne hakkında Hz. Peygamber *“Iyne satışı yaparsanız ve ziraatle uğraşıp cihadı terk ederseniz düşman size galip gelir”*<sup>45</sup> buyurmuştur. Iyne satışının mahiyeti ve hükmü hususunda ihtilaf- lar bulunduğu<sup>46</sup> için burada sadece hadiste tarif edilen iyne türünün caiz olma- dığının ve bâtil bir hîle olarak tavsif edildiğinin zikri ile yetinilmiştir.

Zekâtı düşürmek için yapılan hilelerin de caiz olmadığı hadislerde bildiril- miştir. Bunu ifade eden bir hadis şöyledir: *“Zekât korkusuyla ayrı olan mallar bir araya toplanmaz, toplu bulunanlar da dağıtılmaz”*<sup>47</sup>. Bu hadisin ifade ettiği mânâ hususunda ihtilaf bulunmakla birlikte, mevzumuz açısından bu ihtilafın bir ehemmiyeti bulunmamaktadır. Zira ulemânın görüşlerinin her birisi, bir başka veçheden hîle-i bâtilanın caiz olmadığını göstermektedir. Hadiste geçen malların bir araya toplanması veya dağıtılması, hayvan zekâtı ile alakalıdır. İslâm hukukuna göre hayvan zekâtı 40-120 arası koyun-keçi için 1, 121-200 arası için 2, 201-399 arası için 3... koyun-keçidir<sup>48</sup>. Buna göre mesela üç farklı

<sup>42</sup> Köse, 'Hiyel' (n 12) 173.

<sup>43</sup> Yahudilerin sebt yasağını hîle ile çiğnemesi ile hîle-i şer'iyye arasındaki irtibat hususunda bkz. “c. Zaruret Hali ve Hîle-i Şer'iyye Münasebeti” başlığı.

<sup>44</sup> Apaydın, 'İne', 284.

<sup>45</sup> Ebû Dâvud, 'Büyû', 54.; Ahmed b. Hanbel, Müsned, Cilt 2, 84. Bu hadis diğer pek çok hadis kitabında da zikredilmiştir.

<sup>46</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Korkmaz, *Osmanlı Hukukunda Bir Kredi Vasıtası Olarak Muamele-i Şer'iyye (XVII. Asır)* (n 1) 11 vd.

<sup>47</sup> Buhârî, 'Zekât', 34.; Ahmed b. Hanbel, Müsned, Cilt 2, 183.

<sup>48</sup> Buhârî, 'Zekât', 38.; Serahsî, Mebsût, Cilt 2 (n 10) 220 vd.; Ahmed b. Muhammed El-Kudûrî, *Kitabü'l-Kudûrî*, (Dârü'l-Burc 2018), 46 vd.

kişiye ait 40'ar koyun için her bir mal sahibinin birer koyun zekât vermesi gerekiyorken, zekât memuruna 120 koyunun hepsinin bir kişiye ait olduğu söylenirse, üç yerine bir koyun zekât verilmiş olur. Yine bir karı kocanın 20'şer koyununun olduğu varsayımında, sayı nisab miktarına ulaşmadığı için çiftin mallarına zekât düşmeyecektir. Fakat zekât almak isteyen zekât memuru, bunları tek kişinin mülkiyetinde sayarsa nisap miktarına ulaşılır ve bir koyun zekât vermek gerekir. İşte bu hadis, daha az zekât verebilmek için veya daha fazla zekât alabilmek için sürüleri bir araya toplamayı veya ayırmayı yasaklamaktadır. Esasinda burada teknik mânâdaki hîle değil bir aldatma mevzubahistir. Bununla birlikte aynı neticeye teknik mânâdaki hîle suretiyle de ulaşılabilir. Fakat her iki halde de netice değişmemekte ve böyle bir muamele caiz görülmemektedir. Zekâtı düşürmek hususundaki hîlelerin bâtil olduğu başka kaynaklarda da zikredilmiştir<sup>49</sup>.

### c. Diğer Deliller

Hîle-i bâtilanın caiz olmadığına dair yukarıda zikredilen delillerden yola çıkan müçtehitler, kıyas yaparak pek çok diğer meseleyi de bunlara benzetmiş ve hîle-i bâtilaya cevaz vermemişlerdir.

Hîle-i bâtilanın caiz olmaması ile alakalı olarak zikredilmesi gereken başka bir delil de harama sebep olması kuvvetle muhtemel olan mübah fiillerin yasaklanması manasına gelen sedd-i zerâidir<sup>50</sup>. Sedd-i zerâiyi dört mezhep de delil olarak kabul etmekle birlikte, her birisinin ona yüklediği mânâda farklılıklar görünmektedir. Buna göre sedd-i zerâi üçe ayrılarak incelenebilir<sup>51</sup>. Sedd-i zerâinin birinci türü, zarara vesîle olması mutlak olan hususlardır ki bunların yasaklanması ittifakla caizdir. İkinci tür sedd-i zerâi ise zarara vesîle olma ihtimaline binâen yasaklanması caiz olmayanlardır. Bunlarda da zarar ihtimali mevcuttur fakat bu ihtimal zann-ı gâlip teşkil etmez. Nitekim şarap yapılabilir diye bağcılık, haksız yere birisi öldürülebilir diye bıçak imalatı yasaklanamaz. Üzerinde ihtilaf bulunan üçüncü tür sedd-i zerâi ise kötülüğe vesile olması kuvvetle muhtemel olmakla birlikte kat'î olmayanlardır. Şarap yapan kimseye

<sup>49</sup> Ebû Yusuf, *Kitâbü'l-Harâc* (n 19) 80.; Serahsî, *Mebûsât*, Cilt 2 (n 10) 227, 275.; *Fetavâ-yı Hindiyye*, Cilt 6 (n 49) 391.; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtar*, Cilt 5 (n 5) 155.

<sup>50</sup> İbn Kayyim, *İ'lâmü'l Muvakkîin*, Cilt 3-4 (n 12) 173.; Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, Cilt 2, 309 vd., 362 vd.; İbrahim Kâfi Dönmez, 'Sedd-i Zerâi', *DiA*, Cilt 36, (TDV 2019) 277.; Zekiyüddin Şâban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkh)*, (İbrahim Kâfi Dönmez çev, TDV 2019), 269.

<sup>51</sup> Bu hususta, çalışmada kullanılan tasniften daha farklı tasniflerin de olduğu hatırlatılmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmez, 'Sedd-i Zerâi' (n 50) 277.

üzüm satmak veya ribâyâya sebep olabilecek vâdeli satışlar yapmak bu kabildendir<sup>52</sup>. Buna göre sedd-i zerâi delilini sıkça kullanan Mâlikîler ve Hanbelîler bu üçüncü türü, yani kötülüğe vesile olması kuvvetle muhtemel olmakla birlikte kat'î olmayan muameleleri caiz görmezken Hanefî ve Şafîiler umumiyetle caiz görür<sup>53</sup>. Bu mevzuunun hîle ile de yakından alakası vardır. Nitekim hîle-i bâtilada zarara vesile olunması mutlak iken, hîle-i şer'îyyede mutlak değil muhtemeldir. Dolayısıyla bir kısım ulemâ sedd-i zerâiyi şer'î ve bâtil tüm hîleler için nazara alıp hiçbir hîleyle caiz görmez. Bir kısmı da sedd-i zerâinin ihtilaflı türü olan üçüncü görüş itibarıyla hîleleri bâtil ve şer'î diye ikiye ayırmış ve sedd-i zerâiyi hîle-i şer'îyyede nazara almamışlardır. Zira sedd-i zerâi ile hîle-i şer'îyye ekseriyetle birbirine zıttır<sup>54</sup>.

#### D. Hîlenin Mezheplerdeki Yeri

Hîle hükmü hususunda ulemâ ihtilaf etmiştir. Bu ihtilafın pek çok sebebi bulunmakla birlikte, esasında ihtilafın kaynağı tektir ve bu noktada karşımıza "ameller niyetlere göredir" hadisi çıkmaktadır<sup>55</sup>. Hîleye cevaz verenler de reddedenler de bu hadisi delil getirmişler, bazı Hanefîler ve Şafîiler hîleye haramdan kaçınmak maksadıyla cevaz verirken, Hanbelî ve Mâlikîler bu yolların harama götürdüğünü iddia etmek suretiyle hîleye cevaz vermemişlerdir<sup>56</sup>. Hîleye karşı çıkanlar, insanların bu yolları kullanarak harama ulaşmak niyetiyle hareket ettiğini varsaymakta; hîleye cevaz verenler ise hîlenin, zor durumda kalan kişiyi haram irtikâb etmekten kurtardığını, dolayısıyla bu kişinin haramdan kaçınmak niyetiyle bu hîleye başvurduğunu varsaymaktadır. Netice itibarıyla her iki görüş de aynı ölçüyü (niyet) esas alarak farklı hükümlere ulaşmıştır<sup>57</sup>.

<sup>52</sup> Zekiyüddin Şâban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkh)* (n 50) 270.

<sup>53</sup> İbn Kayyım, *İ'lâmü'l Muvakkîin*, Cilt 3-4 (n 12) 171 vd.; Dönmez, 'Sedd-i Zerâi' (n 50) 280.; Ekrem Buğra Ekinci, *İslam Hukuku*, (Arı Sanat Yayınevi 2006), 135.

<sup>54</sup> İbn Kayyım, *İ'lâmü'l Muvakkîin*, Cilt 3-4 (n 12) 198.

<sup>55</sup> Hadisin tam metni şöyledir: "Ameller ancak niyetlere göredir ve herkese ancak niyet ettiği şey vardır. Kimin hicreti Allah'a ve Resûlü'ne ise onun hicreti Allah'a ve Resûlü'nedir. Kimin de hicreti elde edeceği bir dünyalık yahut nikâhlayacağı bir kadın için ise, onun hicreti de hicret ettiği şeydir." Müslim, 'İmâret', 155.; Buhârî, 'Nikah', 5. Bu hadis, diğer pek çok muteber hadis kitabında da zikredilmiştir.

<sup>56</sup> İbn Kayyım, *İ'lâmü'l Muvakkîin*, Cilt 3-4 (n 12) 173.

<sup>57</sup> Şafîî bir âlim olan Kastalâni bu durumu "niyete dair hadisi hem hîlenin lehinde hem de aleyhinde olanlar kullandılar. Çünkü her ikisinde de esas olan kişinin niyetidir. Şayet niyet bir mazlumun kurtulması ise bu matlubdur. Fakat bununla bir hak zayı oluyorsa o da yerilmiştir." şeklinde ifade etmiştir. Kastalâni, *İrşâdu's-Sârî li Şerhî Sahihî'l-Buhârî*, 10, (Bulak: 1305), 103.;

## 1. Hanefiler

Hanefiler hîlede, şer'î ve bâtil ayrımı yapmış ve meselelerin hükümlerini buna göre belirlemişlerdir. Müşahhas bir hîle üzerinde mezhep içindeki ulemâ arasında ihtilaf bulunabilmekle birlikte bu ihtilaf hîlelerin şer'î ve bâtil olarak ikiye ayrılmasına dair değil, o hîlenin hangi tür hîle grubuna dâhil edilmesi ile alakalıdır.

Hanefî mezhebinin hîleye diğer mezheplerden daha ılımlı baktığı söylenebilir. Fakat bu, her hîleye cevaz verildiği veya hîlenin teşvik edildiği şeklinde anlaşılmalıdır<sup>58</sup>. Nitekim Hanefiler, hîlelerin bir kısmını bâtil görmüşler ve bunlara cevaz vermemişlerdir. Şer'î hîleleri ise zaruret durumlarında, insanları darlıktan kurtarma hedefine matuf olarak kabul etmişlerdir. Bu minvalde Hanefiler'e göre kişinin, haramdan kaçıp helale ulaşmak, zulümden kurtulmak, mevzubahis güçlüğü kendisinden veya başkasından kaldırmak için hîleye başvurmasında bir mahzur bulunmadığı; üçüncü şahısların haklarını haleldâr eden veya bâtili hak gösteren hîlelerin ise gayrimeşru olduğu ifade edilmektedir<sup>59</sup>. Mısırlı Hanefî âlimi İbn Nüceym (v.970/1563), bu durumu "hîle ile kastedilen, sıkıntıya düşen bir kimse için dine uygun bir çıkış/kurtuluş yoludur<sup>60</sup>" şeklinde

---

Köse de bu konuyu şöyle izah etmektedir: "Hiyele karşı çıkanların onlarla yasak olan şeylere ulaşılacak istendiği için hîlelere izin vermezlerken, hiyel taraftarları da yasak olanı işlemekten kurtardığı ve meşru neticelere ulaştırdığı için hîleleri kabul etmektedirler." Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile* (n 9) 239.; Beşir Gözübenli, 'Türk Hukuk Tarihinde Vakıf Malların Fazilî İşletilmesi Hakkında Tahlîli Bir Değerlendirme', XI. Vakıf Haftası Kitabı, (1994) 51 vd.

<sup>58</sup> Fetavâ-yı Hindiyeye, Cilt 6 (n 49) 390 vd.; İkinci, 'Eski Hukukumuzda Hîle-i Şer'îyyeye Dair' (n 13) 5.

<sup>59</sup> Serahsî, *Mebûsât*, Cilt 30 (n 10) 282.; Fetavâ-yı Hindiyeye, Cilt 6 (n 49) 390.; Kazerûnî, *İşaratü Ba'zı Ehli'l-Vefâ bi Cem'î Ahkâm-ı Bey'î'l-Vefâ* (n 6) v.1-b, v.5-a.; Baktır, 'İslâm Hukukunda Hîle-i Şer'îyye', 72 (n 7) 74.; Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile* (n 9) 271.; Bu hususta Serahsî, kendisiyle bir kimsenin haramdan kurtulduğu veya helali elde ettiği hîle güzeldir. Başkasının hakkına tecavüz niteliğinde olan ve bâtili hak gösterenler ise tahrîmen mekruhtur demektedir. Serahsî, *Mebûsât*, Cilt 30 (n 10) 274.; Aynı husus 17. asır ulemâsından Kazerûnî tarafından da ifade edilmiştir. Buna göre kişinin haramdan, zarardan sakınmak amacıyla yaptığı hîlelerde bir mahzur yoktur. Fakat bu hîle bir başkasının hakkını haleldâr etmek için yapılıyorsa caiz değildir. Abdullah b. Hasan Kazerûnî, *İşaratü Ba'zı Ehli'l-Vefâ bi Cem'î Ahkâm-ı Bey'î'l-Vefâ* (n 6) v.1-b.; 17. asır ulemâsından Kâtip Çelebi hîle-i şer'îyyeyi, insanları talep ettikleri şeylere ulaştıran ve duruma göre haram, mekruh ve mübah olabilen bir ilim olarak tavsif etmiştir. Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-Zünûn*, 1, (MEB 1971), 695.; Ayrıca bkz. İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtar*, Cilt 5 (n 5) 184.; Muhammed Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, (Osman Keskiöğlü çev, DİB 1997), 436 vd.; Süleyman Kaya, '17. Yüzyıl Sonlarında Muhâlif Bir Metin: Muhammed b. Hamza el-Aydî'nin Bey'u'l-İne Risalesi', (2009) 1 Divan 97, 111.

<sup>60</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, (y.y 1968), 477.



ifade etmiştir. Bununla birlikte Hanefîler, şer'î hîlelerden bazılarını, şüpheli noktalar barındırması sebebiyle kerâhetle caiz görmüşlerdir. Bu çerçevede, ihtiyaç ve darlık olmaksızın, keyfi olarak hîleye başvurmanın uygun olmadığı ve mü'minlerin bundan kaçınması gerektiği temel Hanefî fıkıh kitaplarında ifade edilmiştir<sup>61</sup>. Hîle konusuna hasrettiği doktora tezinde Satoe Horii Hanefîlerin pratik hukukçu taraflarına işaretler, hîleler arasında şer'î-bâtıl ayrımı yaptıklarını ve bu yolla İslâm hukukunun esasa bağlı kalarak gelişimine katkıda bulduklarını ifade etmektedir<sup>62</sup>.

Hanefî mezhebinin kurucusu Ebû Hanîfe, hîle hususunda ismi en çok zikredilen kişidir. Hîleyle dair tartışmalarda kendisine nisbet edilen<sup>63</sup> "el-Mehâric fi'l-Hiyel" isimli kitap sebebiyle ismi çokça zikredilmiş, hatta bu hususta bazı âlimlerce tenkit edilmiştir<sup>64</sup>. Bu kitapta pek çok şer'î ve bâtıl hîle misali zikredilmekle birlikte kitabın Ebû Hanîfe'ye nisbeti şüphelidir. Zira bu kitaptaki bazı hîleler (kocasından boşanmak isteyen kadına irtidat tavsiye edilmesi gibi), Hanefîlerce hîle-i bâtıla kategorisinde sayılıp caiz görülmemiştir. Hatta Hanefîler, insanlara bu şekilde yanlış fetvâ veren müftülerin (müftî-i mâcin) hacredilip tâzir ile tedip edilmesi gerektiğine kâildirler<sup>65</sup>. Bu kitapta zikredilen bazı hîle örneklerine Ebû Hanîfe'nin isminin sonradan eklenmiş olması ve bunun kitapta "Ebu Hanîfe'nin görüşüne göre", "Ebu Yusuf dedi ki: Ebu Hanîfe'ye... mevzuundaki hîle konusunda sordum", "Ebu Hanîfe ve diğer müçtehidler bunu mekruh görüyordu" vb. şeklinde ifade edilmesi bu kitabın Ebû Hanîfe'ye nisbetinin mümkün olmadığını ve içindeki fetvâların kâhir ekseriyetinin de yine Ebû Hanîfe'ye ait olamayacağı

<sup>61</sup> İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtar*, Cilt 4 (n 5) 339.; Benzer ifadeler için bkz. Serahsî, *Mebûsât*, Cilt 30 (n 10) 274.; *Fetâvâ-yı Hindiyeye*, Cilt 6 (n 22) 390 vd.

<sup>62</sup> Satoe Horii, 'Reconsideration of Legal Devices (Hiyal) in Islamic Jurisprudence: The Hanafis and Their "Exist" (Makharij)', (2002) (9)3 *Islamic Law and Society* 312, 312 vd. Bu makale müellifin "Die gesetzlichen Umgehungen im islamischen Recht (hiyal) unter besonderer Berücksichtigung des hanafiten Sa'îd b. Ali as-Samarqandi (gest. 12. Jhdt." (Berlin, Klaus Schwarz Verlag 2001) isimli doktora tezine istinad etmektedir.

<sup>63</sup> Bu kitabın Ebû Hanîfe'ye nisbetinin mümkün olup olmadığı hakkındaki tartışmalar için bkz. Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, 433 vd.; Baktır, 'İslâm Hukukunda Hîle-i Şer'îyye' (n 7) 79 vd.; Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hîle* (n 9) 29 vd.; Saffet Köse, 'Hîle-i Şer'îyye Konusunda Ebû Hanîfe'ye Yöneltilen İthamlar' (n 23) 149-162.

<sup>64</sup> Saffet Köse, 'Hîle-i Şer'îyye Konusunda Ebû Hanîfe'ye Yöneltilen İthamlar' (n 23) 149-162.

<sup>65</sup> Bu görüşlerin hîle-i şer'îyyeye cevaz veren temel Hanefî fıkıh kitaplarında yazması da ayrıca mânâlıdır. Bkz. İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtar*, Cilt 5 (n 5) 92.; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir* (n 60) 281.; Ali Haydar, *Dürrü'l-Hükkâm*, Cilt 3, (yy. 1330), 1789.; Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hîle* (n 9) 234.

ifade edilmektedir<sup>66</sup>. Ebû Hanîfe'ye nisbeti mümkün olan hîlelerin de yukarıda belirtilen hîle-i şer'iyye kabilinden olduğu söylenebilir<sup>67</sup>.

Hanefî mezhebi içinde hîle mevzuunda Ebû Yusuf'un da adı sıkça zikredilmektedir. Ebû Yusuf'un her türlü hîleye, hatta zekâtın hîle ile düşürülmesine bile cevaz verdiği bazı kaynaklarda zikredilmiş ve bu sebeple Ebû Yusuf tenkîd edilmiştir<sup>68</sup>. Fakat Ebû Yusuf'a nisbet edilen hîlelerin ekseriyetinin aslının olmadığı söylemek yanlış olmayacaktır<sup>69</sup>. Nitekim Ebû Yusuf'un Kitâbü'l-Harâc isimli eserinde zekâtı düşürmeyi hedefleyen hîlelerin caiz olmadığı açıkça ifade edilmektedir<sup>70</sup>. Ebû Yusuf'un hîleye bakışı, yukarıda da zikredildiği üzere zaruret durumlarında, insanları darlıktan kurtarma hedefine matuf hîlelere cevaz vermek mânâsında anlaşılmalıdır. Cevaz verdiği bazı hîlelerde ise bunu kerâhetle caiz görmüştür<sup>71</sup>.

İmam Muhammed ise hîle mevzuunda daha ihtiyatlı davranmaktadır. Nitekim bey'u'l-ıneye sıcak bakmaması ve bu hususta *"bu satım kalbimde dağlar ağırlığında bir yük gibi durmaktadır, onu faiz yiyiciler icâd etmişlerdir"* demesi buna işaret etmektedir<sup>72</sup>. Fakat bu durum, onun hiçbir hîleye cevaz vermediği manasına gelmemektedir. Nitekim bir kimsenin haramdan kurtulmak, zararı/zulmü kendisinden def etmek için hîle-i şer'iyye yapması İmam Muhammed'e göre de caizdir. Fakat üçüncü kişilerin haklarını haleldâr eden, haksızlığı haklı çıkarmaya yönelik hîleler bâtıldır<sup>73</sup>.

## 2. Şâfiîler

Şâfiîlerin, akitlerde objektif nazariyeyi esas aldıkları, bu münasebetle de zâhire bakarak hüküm verdikleri bilinmektedir. İmam Şâfiî'nin şekil şartlarını

<sup>66</sup> Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile* (n 9) 29 vd.

<sup>67</sup> Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, 438.; Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile* (n 9) 35.

<sup>68</sup> Gazzâlî, *İhyâ-yı Ulûmi'd-Dîn*, Cilt 1, (yy. 1403), 18.; Ayrıca bkz. Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, Cilt 4 (n 50) 202.

<sup>69</sup> Baktır, 'İslâm Hukukunda Hile-i Şer'iyye' (n 7) 79 vd.; Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile* (n 9) 237 vd.; Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, 438 vd.; Ekinci, 'Eski Hukukumuzda Hile-i Şer'iyyeye Dair' (n 13) 5.

<sup>70</sup> Ebû Yusuf, *Kitâbü'l-Harâc* (n 19) 80.

<sup>71</sup> Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-i İslâmiyye ve İstilahât-ı Fıkhiyye Kâmusu*, Cit 6, (Bilmen Yayınevi ty.), 100.; Ekinci, 'Eski Hukukumuzda Hile-i Şer'iyyeye Dair' (n 13) 5.

<sup>72</sup> İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, Cilt 4 (n 5) 279.; Zahidü'l-Kevserî, *Hüsnu't-Tekâdi*, 70 vd.

<sup>73</sup> Semerkandî, *Cennetü'l-Ahkâm* (n 30) 22, 26.; Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile* (n 9) 238.

taşıyan muameleleri hukuken geçerli addetmek temâyülünde olduğu malumdur<sup>74</sup>. Buna göre İmam Şafîî, hîleli muameleleri hukuken geçerli saymakla birlikte, bunlardan bazılarını cevaz vermemektedir<sup>75</sup>.

İmam Şafîî'den sonra gelen pek çok Şafîî âlim, hîleli çeşitli şekillerde tasnif etmişler ve hükmün hîlenin türüne göre değişeceğini ifade ederek Hanefîlerin görüşüne yaklaşmışlardır<sup>76</sup>. Hîlenin tasnifi mezheb ulemâsı arasında ihtilafı olmakla birlikte, hîle türüne göre haram, mekruh, mübah, müstehab veya vacip olabilir.

### 3. Mâlikî ve Hanbelîler

Mâlikîler ve Hanbelîlerin sedd-i zerâi delilini benimsemeleri ve akitlerde sübjektif nazariyeyi esas almaları, onların hîleye en katı yaklaşan mezhepler olarak karşımıza çıkmasına sebep olmuştur. Bu mezhepler, kötülüğe vesile olması kuvvetle muhtemel olmakla birlikte kat'î olmayan muameleleri, sedd-i zerâiye dayanarak caiz görmezler. Yine bu mezheplerin akitlerde sübjektif nazariyeyi esas almaları, zâhiren meşru muameleleri bile belirli sebeplerle hem dinen hem hukuken gayrimeşru kategorisine sokmalarına sebep olmuştur. Buna göre tarafların gerçek niyetinin gayrimeşru olması, akdi hem dinen hem hukuken gayrimeşru hale getirecektir.

Mâlikî ve Hanbelî ulemâdan pek çok kimse hîleli tetkik ve tasnif etmişlerdir<sup>77</sup>. Fakat bu tasnifler yukarıda ele alınan hîle-i şer'iyeye ve hîle-i bâtila ayrımından farklıdır. Nitekim Hanefîlere göre hîle-i şer'iyeye olarak değerlendirilip kerahetle de olsa cevaz verilen pek çok mesele, Mâlikî ve Hanbelîlere göre caiz değildir.

Hîle-i şer'iyeyi tetkik eden Hanbelî âlimlerden İbn Kayyim (v.751/1350) maksat mübahsa hîlenin de mübah, değilse haram olduğunu belirtmiştir<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> İmam Şafîî, *el-Ümm*, Cilt 3, (Daru'l-Fikr 1410 (1990)), 33.; Apaydın, 'İne' (n 44) 284.

<sup>75</sup> İmam Şafîî, *el-Ümm*, Cilt 3 (n 74) 78 vd.

<sup>76</sup> Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile* (n 9) 242.; Baktır, 'İslâm Hukukunda Hile-i Şer'iyeye' (n 7) 75.; Ekinci, 'Eski Hukukumuzda Hile-i Şer'iyeye Dair' (n 13) 10.

<sup>77</sup> Hanbelî ulemâsından Abdurrahman b. İbrahim b. Osman'ın hîle-i şer'iyeye ve hususen faizli muameleleri gizlemek için yapılan hîleler hususunda yazdığı risâle için bkz. Saffet Köse, 'Hile-i Şer'iyeye Konusunda İlginç Bir Risâle', (2003) 1 İHAD 231, 231-255.

<sup>78</sup> İbn Kayyim, *İ'lâmü'l Muvakkîîn*, Cilt 3-4 (n 12) 234.; Baktır, 'İslâm Hukukunda Hile-i Şer'iyeye' (n 7) 77 vd.

Mâlikî âlim Şâtîbî (v.790/1388) ise bir hukukî muamelenin hîle olarak kabul edilmesini, bu tasarrufun şer'î bir hükmü iptal kastıyla yapılmasına bağlamaktadır. Buna göre hîle, bâtil olduğu kesin olanlar, caiz olduğu kesin olanlar ve birinci ve ikinci gruptan hangisine girdiği hususunda ihtilaf bulunanlar şeklinde üçe ayrılmaktadır<sup>79</sup>.

## E. Hîlenin Hükmüne Tesir Eden Bazı Haller

İslâm hukukundaki bazı hukukî mefhumlar/haller, hîle ve hükmü ile alakadardır. Dolayısıyla hîlenin anlaşılabilmesi, bunların hîle ile münasebetinin göz önünde tutulmasını gerektirmektedir. Bu münasebetle bu haller ve hîle ile münasebetleri alt başlıklar halinde izah edilmiştir.

### 1. Zaruret Hali

Mecelle'de "*Zaruretlar memnu şeyleri mübah kılar*<sup>80</sup>" şeklinde ifade edilen zaruret hali, pek çok hukuk sisteminde olduğu gibi İslâm hukuk sisteminde de bir *hukuka uygunluk sebebi* olarak kabul edilmiştir.

Zaruretin memnu şeyleri mübah kılacağı hususunda ulemâ müttetik iken, hangi hallerin zaruret olduğu ve hangi zaruretin hangi fiili mübah kılacağı hususları ihtilafıdır. İslâm hukukunda zaruret temelde iki mânâda kullanılmaktadır. Öncelikle zaruret, dar mânâsıyla cana, mala, akla, namusa ve dine yönelmiş bir tehlike karşısında, bu tehlikeyi başka türlü bertaraf etme imkânı olmaması ve bu tehlikenin mezkûr değerleri tamamıyla ya da telafisi mümkün olmayacak derecede tehdit etmesi durumunu ifade etmektedir<sup>81</sup>. Geniş mânâda zaruret ise şartları birinci tanımdaki kadar ağır olmayan fakat karşılanmadığı zaman zorluk, sıkıntı, meşakkat doğuracak haldir ki "ihtiyaç/hâcet" olarak adlandırılır<sup>82</sup>. Dar mânâdaki zaruret halinde tehlike, mezkûr beş değerden biri veya birkaçını tamamıyla ya da telafisi mümkün olmayacak derecede tehdit ederken; geniş

<sup>79</sup> Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, Cilt 2 (n 50) 390. Ayrıca bkz. Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, Cilt 4 (n 50) 201 vd.

<sup>80</sup> MAA, m.21.; Mer'i hukukta da zorunluluk hali bir hukuka uygunluk sebebi olarak zikredilmiştir. TBK, m.63/2.

<sup>81</sup> Serahsî, *Mebûsût*, Cilt 24 (n 10) 42 vd.; Ali Haydar, *Dürrü'l-Hükkâm*, Cilt 1, 79.; Atif Bey, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'den Kavâid-i Külliye Şerhi*, (Mahmud Beg Matbaası 1327), 27.; Bilmen, *Kamus*, Cilt 1 (n 81) 265.; Halit Çalış, 'Zaruret', *DİA*, Cilt 44, (TDV 2013) 142.; Mustafa Baktır, *İslam Hukukunda Zaruret Hali*, (Akçağ Yayınları 1981) 11 vd.

<sup>82</sup> Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, Cilt 2 (n 50) 10.; Ali Haydar, *Dürrü'l-Hükkâm*, Cilt 1, 79-89.; Atif Bey, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'den Kavâid-i Külliye Şerhi*, 28.; Bilmen, *Kamus*, Cilt 1 (n 81) 265.; Rahmi Yaran, 'İhtiyaç', *DİA*, Cilt 21, (TDV 2000) 573-574.; Çalış, 'Zaruret' (n 81) 142.

mânâdaki zaruret halinde (hâcet), ihtiyacın giderilmemesi bir zorluk ve meşakate sebep olur. Dolayısıyla bu iki tarifi kullanım sahaları da birbirinden farklıdır ve zaruret haline yüklenen bu iki mânâ farklı neticeleri beraberinde getirmiştir<sup>83</sup>. Dolayısıyla bu mesele aşağıdaki alt başlıklarda ayrıca ele alınmıştır.

#### **a. Azimet ve Ruhsat**

Zaruret halinin yasaklar ile irtibatına geçmeden evvel, zaruret hali ile yakın münasebeti bulunan azimet ve ruhsat mefhumlarının izahı gerekmektedir.

Azimet, insanların içinde bulunduğu zaruret, hâcet, meşakkat vb. ârizî hâlere bağlı olmaksızın, normal şartlar altında herkesin uymakla mükellef bulunduğu, başta konan aslî hükümdür<sup>84</sup>. Azimet hükümlerinin üç temel hususiyeti vardır. Birincisi, azimet hükümleri aslî hükümdür. Dolayısıyla bir meselenin birincil ve temel hükmü azimet hükmüdür. İkincisi, azimet hükümleri herkes için geçerlidir. Üçüncüsü, bu hükümler normal şartlar altında, bir öze dayanmaksızın tatbik edilmek üzere vazedilmiştir<sup>85</sup>.

Azimetin karşısında yer alan ruhsat<sup>86</sup> ise insanların içinde bulunduğu zaruret, hâcet, meşakkat vb. ârizî hâllere bağlı olarak, aslî hükme uymamayı meşru hale getiren, azimet hükümlerinin istisnasını teşkil eden hükümdür<sup>87</sup>. Ruhsatlar, azimet hükümlerine getirilmiş istisnalar olduğu için azimet hükümlerinin zıddı olan birtakım hususiyetler taşır. Bu minvalde ruhsat hükümlerinin de üç temel

<sup>83</sup> Zaruretin dar ve geniş mânâdaki ayırımına dair pek çok farklı görüş bulunmakla birlikte mevzuu dağıtmamak adına bunlara temas edilmemiştir. Bilgi için bkz. Şâtibî, *el-Muvâfakât*, Cilt 2 (n 50) 7 vd.; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir* (n 60) 94 vd.; Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkâm*, Cilt 1, 78 vd.; Bilmen, *Kamus*, Cilt 1 (n 81) 265.; Temel Kacı, 'Bir Kaidenin Serencamı: Hâcet Umumi Olsun Hususi Olsun Zaruret Menzilesine Tenzil Olunur', (2016) 2 Cumhuriyet İlahiyat Dergisi 137, 137-173.

<sup>84</sup> Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, Cilt 1, (Dâru'l-Mağrife t.y.) 117.; Şâtibî, *el-Muvâfakât*, Cilt 1 (n 50) 301.; Sava Paşa, *İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd*, Cilt 2, (Baha Arıkan çev, Yeni Matbaa 1956) 251 vd.; Mustafa Baktır, 'Azimet', *DİA*, Cilt 4, (TDV 1991) 330.; Şâban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkh)* (n 50) 336.; Abdulkerim Zeydân, 'İslâm Hukukunda Zaruret Hali', ty. (13)3 Diyanet İşleri Başkanlığı Dergisi, Hayreddin Karaman çev. 162, 163.

<sup>85</sup> Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, Cilt 1, 116 vd.; Şâtibî, *el-Muvâfakât*, Cilt 1 (n 50) 301 vd.; Baktır, *İslam Hukukunda Zaruret Hali* (n 81) 196 vd.

<sup>86</sup> Ruhsat, fıkıh usulünde pek çok farklı sahada kullanılmakla, farklı şekillerde tasnif edilmekle birlikte, mevzumuz açısından, bunlardan sadece aslî hükümden istisna edilerek kolaylık gösterilen durumlar ele alınmıştır.

<sup>87</sup> Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, Cilt 1, 118.; Şâtibî, *el-Muvâfakât* (n 50) Cilt 1, 302.; Sava Paşa, *İslâm Hukuku*, Cilt 2, 249.; İbrahim Kâfi Dönmez, 'Ruhsat', *DİA*, Cilt 35, (TDV 2008) 207. Şâban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkh)* (n 50) 336.

hususiyeti vardır. Birincisi, ruhsat hükmü önceden vazedilmiş olan aslî hükümden istisna olmak üzere ikinci kez vazedilmiş bir hükümdür. İkincisi, ruhsat hükümleri herkes için değil, bu hükümden istifadeye hakkı olanlar için geçerlidir. Üçüncüsü, ruhsat istisnai bir hüküm olduğu ve buna dayanarak aslî hüküm hafifletileceği için ruhsatın bir özre dayanması gereklidir<sup>88</sup>. Lüzumlu şartların gerçekleştiği varsayıldığında, ruhsatın umumi hükmü mübahlıktır. Bununla birlikte, bazen belirli ruhsatlar vücûb da ifade etmektedir<sup>89</sup>.

Azimete uymanın ve ruhsattan istifade etmenin mühim ve müşahhas örneklerinden biri şudur: Sahte peygamber Müseyleme, sahâbîden iki kişiyi kaçırıp onları kendisinin peygamber olduğunu söylemeye zorlamıştır. Bunun neticesinde bir sahâbî bunu yapmamış ve şehit edilmiş, diğeryise kalbi ile tasdik etmeksizin bu sözü söylemiştir. Hz. Peygamber, şehit edilen sahâbînin iki kat sevap aldığını, diğeryinse mezkûr sözü zaruret hali içinde ve meşru bir ruhsata binaen söylediği için sözün muktezasından mesul olmayacağını ifade etmiştir. Buna göre şehit edilen sahâbînin davranışı azimete, ikincisinin davranışı ise ruhsata uymaya misaldir<sup>90</sup>.

#### **b. Zaruret Halinin Yasaklar ile İrtibatı**

Ruhsatın istisnaî hüküm olması münasebetiyle bir özre dayanması gerekmektedir. Bu özür ise zaruret halidir. Zaruret halinin dar ve geniş mânâda iki türü vardır ve bunların yasaklar ile irtibatı da birbirinden farklıdır. Bu münasebetle dar mânâdaki zaruret halinde kullanılabilecek ruhsatların niteliği ile geniş mânâdaki zaruret halinde istifade edilebilecek ruhsatlar farklılık arz etmektedir.

Zaruret halinin aslî ve hakiki mânâsı, dar mânâdaki zaruret halidir. *Zaruretler memnu şeyleri mübah kılar* kâidesinde zikredilen zaruret budur. Bu kâideden de anlaşılacağı üzere bu mânâdaki zaruret, yasak şeyleri prensip itibariyle mübah hale getirir. Bununla birlikte zaruret halinde bile yapılması caiz olmayan şeyler vardır.

Zaruretlerin yasakları kaldırmasında üç ihtimal mevzubahistir. Birinci ihtimalde, zaruret yasağı kaldırılmaz ve zaruret hali içinde dahi olsa bazı fiillerin işlenmesi caiz olmaz. Nitekim bir kimsenin kendi hayatını kurtarmak için bir başka-

<sup>88</sup> Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, Cilt 1, 118 vd.; Şâtibî, *el-Muvâfakât*, Cilt 1 (n 50) 303 vd.; Baktır, *İslam Hukukunda Zaruret Hali* (n 81) 196 vd.

<sup>89</sup> Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, Cilt 1, 118 vd.; Şâtibî, *el-Muvâfakât*, Cilt 1 (n 50) 320 vd.; Dönmez, 'Ruhsat' (n 87) 210.; Şâban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkıh)* (n 50) 339.

<sup>90</sup> Şâtibî, *el-Muvâfakât*, Cilt 1 (n 50) 328.; Dönmez, 'Ruhsat' (n 87) 208.

sını öldürmesi caiz değildir. Zira burada iki hayat hakkı çatışmaktadır ve bunların birbirine üstünlüğü yoktur. İkinci ihtimalde, zaruret yasağı kaldırır ve bu durumda haram olan fiillerin irtikâbına zaruret miktarınca izin verilir. Fakat bu izin, o fiilin yapılmasını mecbur kılmaz. Ölüm tehdidi altında küfür kelimesi söylemek bunun misallerindedir. Bu ihtimalde tehdit altında dahi olsa küfür kelimesi söylemek azimet, kalben tasdik etmemekle birlikte dili ile bunu söylemekse ruhsattır. Üçüncü ihtimalde ise zaruret, zaruret yasağın işlenmesini vacip hale getirir. Açlıktan ölmek için ölmeyecek kadar leş yemek, susuzluktan ölmek için ölmeyecek kadar şarap içmek de bu durumun misallerindedir<sup>91</sup>. Zaruret hali içinde bir haramın irtikâbı mübah veya vacip hale gelse bile bu, zaruret miktarı ile sınırlıdır. Bu durum Mecelle'de "*zaruretler kendi miktarlarınca takdir olunur*" şeklinde ifade edilmektedir<sup>92</sup>. Yine zaruret hali içerisinde haramın irtikâbı mübah hale gelse bile, bu durum üçüncü kişilerin haklarını etkilemeyecektir. Nitekim, bu hal içinde üçüncü kimselere verilen zarar tazmin edilmelidir. Bu da Mecelle'de "*ıztırar gayrın hakkını iptal etmez*" şeklinde ifade edilmiştir<sup>93</sup>. Zaruret hali ârizî ve istisnâî bir hal olduğu için zaruret durumu ortadan kalkınca mübahlık da ortadan kalkacak ve haramlık geri dönecektir. Bu da Mecellede "*bir özür için caiz olan şey, o özürün zevâliyle bâtil olur*" şeklinde ifade edilmektedir<sup>94</sup>.

Geniş mânâdaki zaruret, yani hâcet sebebiyle haramları irtikâb etmek caiz hale gelmez. Nitekim hâcet, hakiki mânâda bir zaruret hali değildir. Bununla birlikte burada, karşılanmadığı zaman meşakkat doğuracak bir hal de mevcuttur. Dolayısıyla bu gibi hallerde, hâcet sebebiyle aslî hüküm terk edilip kolaylık prensibi kullanılarak istisna yapılabilir, durumun şartlarına göre kıyasa aykırı bazı ruhsatlardan istifade edilebilir<sup>95</sup>. Bir kısım ulemâ, şahsi olmayıp bir bölgeyi, meslek grubunu, ülkeyi vb. alakadar eden geniş mânâdaki zaruret (hâcet) halini, -haramı irtikâb etme hususunda- dar mânâdaki zaruret gibi değerlendirilmektedir. Buna göre umumi bir hal alan hâcet, dar mânâdaki zarurete inkılâb edecektir<sup>96</sup>. Hâcet halinin, ruhsatlardan istifadeyi mümkün kılması Mecelle'de

<sup>91</sup> Şâban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fikh)* (n 50) 335 vd.

<sup>92</sup> MAA, m.22.

<sup>93</sup> MAA, m.33.

<sup>94</sup> MAA, m.23.

<sup>95</sup> Kazerûnî, *İşaratü Ba'zı Ehli'l-Vefâ bi Cem'i Ahkâm-ı Bey'i'l-Vefâ* (n 6) v.3-a.; Döndüren, 'Hile-i Şer'iyye' (n 7) 294.; Yaran, 'İhtiyaç' (n 82) 574.

<sup>96</sup> İbn Nuceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir* (n 60) 95 vd.; Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkâm*, Cilt 1, 88.; Çalış, 'Zaruret' (n 81) 142.; Yaran, 'İhtiyaç' (n 82) 574.

“*hâcet umûmi olsun hususi olsun zaruret menzilesine tenzil olunur*” temel kâidesi ile ifadesini bulmuştur<sup>97</sup>.

Hâcet halinde başvurulabilecek ruhsat hükümleri, çok farklı şekillerde karşımıza çıkabilir ve hangi durumlarda hangi ruhsatlardan istifade edilebileceği hususu ihtilaflıdır. Mesele, bu ihtilaflara girmeksizin birkaç misal üzerinden izah edilmeye çalışılacaktır. Bir meselede farklı mezheplerin veya bir mezhep içindeki ulemânın farklı kanaatleri olabilir ve bu hükümlerin çeşitliliğine yol açar. Belirli bir mezhep içinde, belirli bir meselede birden fazla görüş varsa bunlardan tercih edilen, daha güçlü görülen görüş/fetvâ, müftâbih olarak adlandırılır ve bu meselede o fetvâ esas alınır. Fakat hâcet durumunda, müftâbih olan görüş terk edilip daha zayıf kaville amel edilebilir<sup>98</sup>. Eğer tâbi olunan mezhep içindeki görüşler ihtiyaca kâfi gelmez ise diğer mezheplerin meşakkati ortadan kaldıracak görüşlerinden istifade edilip fetvâ/hüküm buna göre verilebilir. Osmanlı hukukunda da bunların misallerini bulmak mümkündür<sup>99</sup>. Nitekim para vakfı, Osmanlı Devleti’nin de resmî mezhebi olan Hanefî mezhebinin kuvvetli kavillerinden hiçbirine göre caiz değilken ilgili uygulama, hâcet sebebiyle mezhep içindeki zayıf görüş olan İmam Züfer’in kavline istinaden meşru kabul edilmiştir. Yine Hanefî mezhebinde kocası mefkûd olan kadının, evliliğini mahkeme kararı ile sona erdirebilmesi için mefkûdun akranlarının ölmesi veya belirli bir yaşı tamamlaması beklenir. Bu yaşın ne olduğu hususunda ihtilaflar bulunmakla birlikte umumiyetle 90 yaş kabul edilmiştir. Fakat hususen Birinci Cihan Harbinde, çok sayıda erkeğin cepheye gidip geri dönmemesi gibi hallerde ortaya çıkan içtimâi sıkıntıyı çözebilmek adına ilgili bekleme süresi, Mâlikî mezhebinin hükümlerinden istifade edilmek suretiyle duruma göre bir ve dört yıla sınırlandırılmış ve bu kanunlaştırılmıştır<sup>100</sup>.

Hâcet halinde başvurulabilecek ruhsat misallerini çoğaltmak mümkündür. Her bir misal için mezheplerin ve ulemânın farklı görüşlerinin farklılık arz edebilmesi münasebetiyle bu misaller kendi içinde bir değerlendirmeye tâbi tutulmalıdır. Dolayısıyla hîle ile zaruret halinin münasebeti ayrıca ele alınmıştır.

<sup>97</sup> MAA, m.32.

<sup>98</sup> Serahsî, *Mebûsât*, Cilt 30 (n 10) 274.; *Fetavâ-yı Hindiyîye*, Cilt 6 (n 49) 390 vd.; Süleyman Kaya, ‘Akifzâde’nin Mecelletü’l-Mehâkim İsimli Eseri Çerçevesinde Osmanlı Fetvasında Değişim’, (2011) (40)1 MÜİFD 93, 98.

<sup>99</sup> Mesela, muamele-i şer’iyye, bey bi’l-vefâ, bey bi’l-istiğlâl, icarateyn, mukataa, para vakfı vb.; Osmanlı Devletinin İslam hukukuna yaptığı katkılar hakkında bkz. Ahmet Kılınc, ‘The Influence of the Ottoman State on Islamic Law’, (2022) (7)2 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 547, 547-580.

<sup>100</sup> Bkz. Hukuk-i Aile Kararnamesi, Takvîm-i Vakayî, No: 3046, 1336, m.127.



### c. Zaruret Hali ve Hîle-i Şer'îyye Münasebeti

İslâm dini, şüphelilere yaklaşmamayı tavsiye etmiş<sup>101</sup> ve normal şartlar altında herkes için geçerli olan azimet hükümleri koymuştur. Bu çerçevede, hâcet bulunsa bile ruhsatlardan istifade etmemek, şüphelilere yaklaşmamak kişinin dininin güzelliğinden, takvasındandır<sup>102</sup>. Fakat her durumda, herkesten bu şekilde davranmasını beklemek de mümkün görünmemektedir. Nitekim hayatta insanın karşısına çeşit çeşit zorluklar, meşakkatler, zorunluluklar çıkabilmekte ve bunlar dinin emirlerini gereği gibi yerine getirmeye engel teşkil edebilmektedir. İşte bu sebeple İslâm kolaylık prensibini benimsemiş, “bir şey bütün bütün yapılamazsa bütün bütün terk edilmez” kâidesi gereğince zaruret veya hâcet/zorluk durumunda, ruhsatlardan istifade etmek, şüpheli yollara başvurmak İslâm'ın haricinde görülmemiştir<sup>103</sup>. Nitekim bu husus Mecelle'de “*Meşakkat teysiri celbeder. Ya'ni suûbet sebeb-i teysir olur ve darlık vaktinde vüs'at gösterilmek lazım gelir... fukâhanın ahkâm-ı şer'îyyede gösterdikleri ruhas ve tahfifât hep bu kâideden istihraç olunmuştur*<sup>104</sup>” ve “*bir iş zıyk oldukça müttesi' olur (yani bir işte meşakkat görülünce ruhsat ve vüs'at gösterilir)*<sup>105</sup>.” şeklinde ifade edilmiştir.

Hîle-i şer'îyye de hâcet halinde<sup>106</sup> başvurulabilecek ruhsatlardan birisi olarak kabul edilmektedir<sup>107</sup>. Nitekim hîle-i şer'îyyede bir kimse, içinde bulunduğu şartlar gereği hukuka uygun hareket etmek hususunda zorlanmakta ve hukuku çiğnemek de istememektedir. Hîle-i şer'îyye ile müşkül durumda kalan kimseye başka hukukî yollar gösterilmekte ve böylece ihtiyacını karşılaması sağlanmaktadır<sup>108</sup>. Zararlı olan iki ihtimalden birisini seçmek durumunda kalan kimsenin, daha az zararlısını seçmesi gerektiği ile alakalı “*zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izale*

<sup>101</sup> Buhâri, 'İmân', 39, 'Büyü', 2.; Müslim, 'Müsâkat', 107-108.

<sup>102</sup> Bu çerçevede tasavvufun, bir azimet yolu olup ruhsat yolu olmadığı ve burada azimetin “şüpheli şeylerden uzak durmak” şeklinde de anlaşıldığı ifade edilmelidir. Bkz. Süleyman Ulu- dağ, 'Ruhsat', DİA, Cilt 35, (TDV 2008) 210.; Dönmez, 'Ruhsat' (n 87) 210.

<sup>103</sup> Serahsî, *Mebûsût*, Cilt 30 (n 10) 274.; *Fetavâ-yı Hindiyeye*, Cilt 6 (n 49) 390 vd.

<sup>104</sup> MAA, m.17.

<sup>105</sup> MAA, m.18.

<sup>106</sup> Hâcet halinde kullanılabilir ruhsatlardan biri olarak telakki edilen hîle-i şer'îyyeye, dar mânâdaki zaruret halinde başvurmak evleviyetle mümkündür. Nitekim bu halde haramı irtikâb etmek bile mübahken, şüphelilerden istifade etmek evleviyetle böyledir.

<sup>107</sup> Bu hususun mezhepler ve ulemâ arasında ihtilafı olduğu yukarıda ifade edilmişti.

<sup>108</sup> “Müşkül” tabiri, bundan sonra geniş mânâdaki zaruret (hâcet) halini ifade etmek üzere kullanılmıştır.

*olunur*<sup>109</sup>,” “*iki fesad teâruz ettikde ehaffı irtikâb ile a’zâmın çaresine bakılır*<sup>110</sup>” ve “*ehven-i şerreyn ihtiyar olunur*<sup>111</sup>” kâideleri de uyarınca, bu kimsenin meşrûiyeti ihtilafli olan hîle-i şer’iyyeye başvurması, haramlığı kat’i olan bir yola müreccah görülmüştür. Bu sebeple müşkül durumda kalan kimsenin ihtiyacını, -içinde şüpheli noktalar bulunması hasebiyle- aslında tavsiye edilmeyen bir yolla karşılaması bir ruhsat olarak telakki edilmiştir<sup>112</sup>. Nitekim hîle-i şer’iyye, zaruret sebebiyle haramların irtikâbını azaltıp kâidelerin açıkça çiğnenmesini engelleyebilme niyetini taşır<sup>113</sup>.

Hîlenin zaruret haline inhisar ettirilmesinin sebebi, tarafların veya taraflardan birinin gayrimeşru bir neticeyi hedeflemiş olma ihtimalidir. Bu, kat’i olmasa da kuvvetle muhtemeldir. Bundan dolayı zaruret olmaksızın bu yola başvurmaya cevaz verilmemiştir. Hîlenin delillerinden de bunu anlamak mümkündür. Yukarıda ele alındığı üzere Hz. Peygamber bir ölçek hurmanın iki ölçek hurma ile trampasına izin vermemiş, aynı neticenin hurmaların karşılıklı satılarak elde edilmesini ise tasvip etmiştir. Bununla birlikte Yahudilerin sebt yasaklarını hîle ile düşürmeleri yerilmiştir. Bu iki hadise arasında şöyle bir fark mevcuttur. Hurma değişimi ile alakalı hadise, trampa akdiyle de satım akdiyle de hedeflenen şey, malların karşılıklı olarak el değiştirmesini sağlamaktır. Fakat olayda bunu trampa ile yapmak caiz olmadığı için aynı netice satışla elde edilmiştir. Nihayetinde burada hedef meşrudur. Yahudilerin sebt yasağını hîle ile düşürmesinde ise hedef gayrimeşrudur. Yani birincide niyet hukuka uymak, ikincisinde ise hukuktan kaçmak, yasağı delmektir. Bu hadiselerde zikredilen usuller, hîlede kullanılan usuller ile şeklen aynıdır. Dolayısıyla bir hîlenin hükmü, birinci misale kıyasen meşru, ikincisine kıyasen gayrimeşru olabilir. Yani yukarıda da ifade edildiği üzere bir hîleyi şer’i ya da bâtil yapan şey niyettir. Tarafların niyetinin objektif olarak tespiti ise mümkün değildir. İşte bu noktada zaruret hali devreye girmektedir. Eğer bir kimse zaruret hali içinde hîleye başvurmuşsa, haramı irtikab etmemek için bunu yaptığı; böyle bir hal olmaksızın, keyfi olarak bunu yapmışsa hukuktan kaçma niyeti ile hareket ettiği varsayılmış ve hüküm buna göre verilmiştir. Dolayısıyla zaruret halinde hîle-i şer’iyyeye müracaat etmenin bir ruhsat olarak telakki edilmesi bu yaklaşımın bir neticesidir.

<sup>109</sup> MAA, m.27.

<sup>110</sup> MAA, m.28.

<sup>111</sup> MAA, m.29.

<sup>112</sup> *Fetavâ-yı Hindiyeye*, Cilt 6 (n 49) 390 vd.; İbn Âbidîn, *Reddül-Muhtar*, Cilt 5 (n 5) 120 vd.; Ekrem Buğra Ekinci, ‘Eski Hukukumuzda Hîle-i Şer’iyyeye Dair’ (n 13) 1.

<sup>113</sup> Döndüren, ‘Hîle-i Şer’iyye’ (n 7) 294 vd.

Fıkhî bir meselenin hükmünün, bunu talep eden kişilerin içinde buldukları duruma göre değişebilmesi de bununla alakalıdır. Bu meselede Hz. Peygamber'den şöyle bir rivâyet nakledilmiştir: “*Bir adam, Resulullah'a (sav) oruçlunun hanımı ile mübaşeretinden<sup>114</sup> sordu. Resulullah (sav) müsaade etti. Arkadan bir başkası geldi, o da aynı şeyi sordu. Buna mübaşereti yasakladı. Resulullah'ın (sav) müsaade ettiği kimse yaşlı birisiydi, yasakladığı kimse ise gençti<sup>115</sup>.*” Görüldüğü üzere birbirinin aynı iki soru farklı şekilde cevaplanmış ve hüküm değişmiştir. Çünkü taraflar ve tarafların içinde buldukları şartlar değişmiştir. Hatta aynı olay içinde, taraflardan birisi için caiz olan şey karşı taraf için caiz olmayabilir<sup>116</sup>. Hîlede de tarafların içinde buldukları şartlara göre taraflardan birisi için zaruret olan şey, diğeri için olmayabilir ve bu muamelenin dini hükmü taraflar için farklılık arz edebilir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, hîle-i şer'iyeye cevaz veren ulemâ bu hususları göz önüne alarak ihtiyaç ve darlık olmaksızın, keyfi olarak hîleye başvurmayı uygun bulmamış ve mü'minlerin bundan kaçınmaları gerektiğini ifade etmişlerdir. Bu da hükmün şartlara göre değişebilmesi ile alakadardır<sup>117</sup>.

## 2. Maslahat-ı Mürsele

Faydalı olanı elde edip zararlı olanı savuşturmak şeklinde tarif edilebilecek maslahat, kelime olarak iyi, faydalı, iyiye ulaştırıcı gibi mânâlara gelmektedir<sup>118</sup>. Maslahatın tarifi, çeşitleri ve delil değeri üzerinde tartışmalar mevcuttur. Bu tartışmalar çalışmanın kapsamı dışındadır<sup>119</sup>. Maslahat “*şer'i delillerin içerdiği tümevarım yöntemine göre incelenmesi sonucunda ulaşılan ve bütün bu hükümlerde kulların dünya ve âhiretteki yararlarının gözetilmiş olduğu şekilde özetlenebilecek olan kapsamlı düşünceyi ifade eden bir üst kavram<sup>120</sup>*” olsa bile,

<sup>114</sup> Burada mübaşeret cinsel ilişki olmaksızın dokunmak, öpmek, sarılmak mânâlarında kullanılmıştır.

<sup>115</sup> Ebû Dâvud, 'Savm', 35.

<sup>116</sup> Mesela müşkül bir durumda kalıp, zulümden kurtulmak için rüşvet vermek zorunda kalan kişi ile rüşveti alan kişinin hükmü farklıdır. İbn Âbidîn, *Reddül-Muhtar*, Cilt 4 (n 5) 303 vd.

<sup>117</sup> Serahsî, *Mebûsât*, Cilt 30 (n 10) 274.; *Fetavâ-yı Hindiyeye*, Cilt 6 (n 49) 391 vd.; İbn Âbidîn, *Reddül-Muhtar*, Cilt 4 (n 5) 339.; Fetvâ'nın şartlara göre değişebilmesi hakkında bkz. İbn Kayyım, *İ'lâmü'l Muvakkîn*, Cilt 3-4 (n 12) 36, 84 vd.

<sup>118</sup> İbrahim Kâfi Dönmez, 'Maslahat', *DİA*, Cilt 28, (TDV 2003) 79.; Ekinci, *İslâm Hukuku* (n 4) 116.

<sup>119</sup> Maslahatın farklı mânâları, türleri, delil değeri vb. ile alakalı tartışmalar için bkz. Dönmez, 'Maslahat', 79-94.; Şâban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkh)* (n 50) 221 vd.; Şükrü Özen, 'İstislâh', *DİA*, Cilt 23, (TDV 2001) 383-388.

<sup>120</sup> Dönmez, 'Maslahat', 89.

çalışmada, bugün kullanılan mânâsıyla amme menfaatinin (kamu yararı) karşılığı olarak kullanılan maslahat mefhumu üzerinden açıklamalar yapılacaktır.

Maslahat-ı mürsele “*hükümün kendisine bağlanması ve üzerine hüküm bina edilmesi, insanlara bir fayda sağlayan veya onlardan bir zararı gideren, fakat muteber veya geçersiz sayıldığına dair belirli bir delil bulunmayan mânâlar*” olarak tarif edilmiştir<sup>121</sup>. Buna göre hakkında kitap, sünnet, icmâ ve kıyasta hükümü bulunmayan meselelerde maslahata dayanarak hüküm verilebilir. Maslahata dayanarak hüküm verme usulüne ise “*istislâh*” denir<sup>122</sup>.

Mecelle’de “*Ra’iyye, yani teb’a üzerine tasarruf maslahata menuttur*”<sup>123</sup> şeklinde ifadesini bulan maslahat, devletin tasarruflarında amme menfaatinin esas alması gerektiğini ifade etmektedir. Bu tasarrufların, zaruri maslahatlar olarak kabul edilen dinin, canın, aklın, neslin ve malın muhafazası hedeflerinden en az birine istinâd etmesi gerekmektedir<sup>124</sup>.

Maslahat, insanlara fayda temin etmeyi ve zararları da gidermeyi hedeflediği için amme menfaatinin ihlâl eden fiillerin engellenmesi ve ihlâl sebepleri olan şartların ortadan kaldırılması gerekmektedir. Dolayısıyla bir meşakkatin umumi bir hal aldığı ve içtimâî nizamı tehdit ettiği durumlarda, o meşakkatin giderilmesi amme menfaati gereğidir. İşte bu gibi darlık durumlarında, amme menfaati gereği kullanılan yollardan bir tanesi de hîle-i şer’iyedir. Nitekim müşkül durumda kalan kimseler, hîle-i şer’iye ile hukuka uygun bir çıkış yolu bulabilmektedir. Bu yol insanların ihtiyaçlarının karşılanmasına, umumi darlık halinin ortadan kaldırılmasına ve içtimâî nizamın temin edilmesine yardımcı olmaktadır. Bu münasebetle meşakkati giderebilecek nitelikteki hîle-i şer’iyelerin umumi darlık zamanlarında kullanılması maslahat icâbidir.

### 3. Hükümlerdeki Dini ve Kazâî Cihet Ayrımı

İslâm hukukunun dini menşeli bir hukuk olmasından mütevellit, her hukukî muamelenin bir dinî, bir de kazâî (hukukî) boyutu vardır<sup>125</sup>. Bu özellik iki açıdan değerlendirilebilir. Birincisi, hukukun ihlalinin aynı zamanda dini bir ihlal de

<sup>121</sup> Şâban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü’l-Fıkh)* (n 50) 224.

<sup>122</sup> Özen, ‘*İstislâh*’ (n 119) 383.

<sup>123</sup> MAA, m.58.

<sup>124</sup> MAA, m.58.

<sup>125</sup> İbrâhim Kâfi Dönmez, ‘*Amel*’, *DİA*, Cilt 3, (TDV 1991) 17 vd.; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (n 3) 95.; Ekinci, *Osmanlı Hukuku* (n 3) 104. Bu çerçevede fetvâ/kazâ münasebeti de aynı ayrımın neticesidir. Bkz. Bilmen, *Kamus*, Cilt 1 (n 81) 246 vd.

olması (haram), yani müeyyidenin hem dünyevi hem uhrevî olmasıdır. Bu sebeple de Müslümanların bu kâidelere gönüllü ve titizlikle uyması beklenmektedir. İkincisi ise bir meselenin hükmünün, dinen ve kazâen farklı olabilmesidir. Şöyle ki B'nin A'dan borç alması, sonrasında mahkemede borcunu inkâr etmesi, A'nın alacaklı olduğunu ispat edememesi halinde mahkeme B lehine karar verecek, yani "borç yoktur" diyecektir. Aslında böylesi bir durumda borç dinen vardır. Yani borçlunun mesuliyeti uhrevî olarak devam etmektedir. Ancak bu borç, mahkemede ispat edilemediği için kazâen yoktur. Bu durumun tersi de mümkündür<sup>126</sup>.

Aynı meselenin hükmünün dinen ve kazâen farklı olması, hüküm verenlerin ve bunların hüküm verirken kullandıkları usullerin farklı olmasının tabii bir neticesidir. Nitekim fetvâ ve kazâ arasında bazı farklılıklar mevcuttur. Bunları kısaca zikretmek gerekirse:

1. Fetvâ bağlayıcı değildir. Kazâî hüküm ise mahkeme kararı olması hasebiyle bağlayıcıdır.
2. Fetvâ umumidir. Bir fetvânın hükmü, aynı şartları taşıyan herkes için geçerlidir. Kazâî hüküm ise hususidir. Yani sadece hakkında hüküm verilen kimseleri bağlar.
3. Fetvâ verecek olan müftî sorulan suale sorulduğu şekliyle cevap verir. Bunların doğru olup olmadığı ile alakalı bir araştırma yapmaz. Kazâda ise kadı, tarafların iddialarını anlattıkları şekli ile kabul etmez ve bunların doğruluğu hususunda araştırma yapar, taraflardan delil ister.
4. Fetvâ bir meselenin uhrevî hükmünü açıklar. Bu sebeple soruyu soran şahsın niyeti mühimdir. Bu şahsın niyetinin ne olduğu, onun beyanından anlaşılır. Kazâ ise meselenin dünyevî hükmünün açıklanmasıdır. Niyet burada da mühimdir. Fakat bunun tespiti sadece o kimsenin beyanı ile değil, hareketleri ve delillerini de kapsayan bir tetkik neticesinde yapılır.
5. Fetvâ, ehil olan herkesçe verilebilir. Kazâ ise devlet tarafından bu hususta vazifelendirilmiş bir kadı tarafından yürütülür<sup>127</sup>.

<sup>126</sup> Mesela, hata ile talak için kullanılan kelimelerden birini karısına söyleyenin nikâhı kazâen yok, dinen vardır. Bilmen, *Kamus*, Cilt 2 (n 81) 196.; H. İbrahim Acar, 'Talâk', *DİA*, Cilt 39, (TDV 2010) 497.

<sup>127</sup> *Fetavâ-yı Hindiyeye*, Cilt 3 (n 49) 309 vd.; Bilmen, *Kamus*, Cilt 1 (n 81) 253 vd.; Fahrettin Atar, 'Fetva', *DİA*, Cilt 12, (TDV 1995) 487 vd.

Fetvâ ile kazâ arasında burada zikredilenlerden başka farklar da mevcuttur. Fakat mevzumuz ile alakası bakımından mezkûr hususlarla iktifâ edilmiştir.

Bir işin hukuken meşru (sahih) olmasının dinen de caiz olacağı mânâsına gelmemesi, hîle-i şer'iyede ve dolayısıyla bir hîle tatbikatı olan muamele-i şer'iyede anahtar rol oynar. Nitekim bir hîlenin şer'i mi bâtil mı olduğunun tespitindeki en önemli kıstaslardan birisi niyettir. Dolayısıyla bir hîlenin dini hükmü, bunu kullanacak şahısların niyetine ve içinde buldukları şartlara göre değişebilmektedir. Müşkül durumda kalmış bir kimsenin haramı irtikâb etmek için hîle-i şer'iyeden istifade edip içinde bulunduğu durumdan kurtulmasına verilecek hüküm ile buna keyfi olarak müracaat eden kimseye verilecek dini hüküm elbette farklıdır. Bu misalde müşkül durumda kalıp da ruhsatlardan istifade ederek bu durumdan kurtulan kimsenin davranışı dinen caiz iken, aynı muameleyi keyfi olarak yapan kimsenin davranışı dinen caiz değildir. Fakat görünüşte bu iki hukukî muamele birbirinin aynısıdır. Kazâi hükmün de zâhire göre bina edilmesi münasebetiyle bu iki muameleye verilecek hüküm aynı olacaktır<sup>128</sup>. Buradan da anlaşıldığı üzere, kazâen “meşru (sahih)” olan şey, dinen “mekruh” ve hatta “haram” olabilir<sup>129</sup>. Nihayetinde esas olan niyettir fakat olay mahkemeye intikal ettiğinde delile ve zâhire itibâr edilir<sup>130</sup>. Dolayısıyla İslâm, bazı hususlarda kazâen o muameleyi meşru sayarak müşkül durumda kalan insanlara bir çıkış yolu göstermiş, bir taraftan da “*müftî sana fetvâ verse de sen kalbinden fetvâ sor*<sup>131</sup>” hadis-i şerifinde olduğu gibi insanları daha dikkatli ve takvaya uygun yaşamaya teşvik etmiştir<sup>132</sup>.

<sup>128</sup> Hükmün zâhirdeki delillere göre verileceğinin delili olarak şu hadis gösterilmektedir. “*Şüphesiz ben de sizin gibi bir insanım. Sizin aranızda bir ihtilaf çıktığında, sizden bazınız delilinizi bazınızdan daha güzel anlatır. Ben de onun doğru söylediğini zanneder ve onun lehine hükmederim. O halde kimin lehine kardeşinin hakkından bir şey hükmedersem, onu almasın. Bu durumda ona ateşten bir parça kesmişimdir.*” Tirmizî, ‘Ahkâm’, 11.; Buhârî, ‘Hiyel’, 10.

<sup>129</sup> Bilmen, *Kamus*, Cilt 2 (n 81) 176, 204.; İslâm hukukunda bunun pek çok misalini bulmak mümkündür. Mesela Hanefî mezhebine göre bid’i talak (bir defada verilen üç talak) hukuken sahîh ama dinen tahrîmen mekruhtur.

<sup>130</sup> Mustafa Baktır, ‘Buhârî’nin Sahihindeki “Kitâbü’l-Hiyel”i Hakkında Bazı Mülâhazalar’, (1991) 10 EAÜİFD 59, 72.

<sup>131</sup> Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, Cilt 4, 208.; Suyûti, *Câmi’u’s-Sağîr*, 1/40.

<sup>132</sup> Bu çerçevede, Osmanlı ulemâsından bazılarının muamele-i şer’iyyeye hukuken meşru hükmünü vermekle birlikte bu gibi işlere tevessül edilmemesi gerektiğine dair tavsiyeleri dikkate şayandır. Bu tavsiyeler için bkz. Süleyman Kaya, ‘XVIII. Yüzyıl Osmanlı Toplumunda Nazari ve Tatbiki Olarak Karz İşlemleri’, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2007, 16 vd.; Bu durum bu tavsiyeyi verenlerin muamele-i şer’iyyeyi kazâen meşru görmesi ile tenâküz teşkil etmez. Çünkü kazâen meşru olan her şey dinen tavsiye edilmemektedir.

Bu durumu hîle ile alakalı fetvâları değerlendirirken göz önünde tutmak gerekmektedir. Jean Baz'ın hîlenin menşeyini, İslâm hukukunun kazuistik metoduna ve somut vâkıaları şer'i şekillere uydurma zaruretine bağlaması da bununla alakadardır<sup>133</sup>. Nitekim hîle-i şer'iyenin ilk şartı, şeklen hukuka uygun bir muamelenin bulunmasıdır. Yani bir kimsenin müşkül durumun varlığı halinde ruhsatlardan istifade etmesi mümkün olmakla birlikte, bunun şeklen hukuka uygun muameleler ile gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Burada somut vâkıa, geniş mânâda zaruret halinin (hâcet) bulunması ile ruhsatlara başvurusu caiz hale gelmiş bir kimsenin içinde bulunduğu durumu, bunun hukuka uygun mu-

dur. Nitekim İslâm hukukunda, kazâi hükümlerde meşru-gayrimeşru (legal-illegal) gibi bir ayrıma gidilirken ve ikili mantık (binary logic) kullanılırken; meselelerin dini hükmü açıklanırken çok değerli/saçaklı/bulanık mantık sisteminin (fuzzy logic) kullanılması ve burada meşru-gayrimeşrudan daha geniş bir değerler sisteminin (farz, vacip, sünnet, müstehab, mübah, mekruh, haram) mevcut olması da bununla alakadardır. İkili mantık, hükümleri, yasal-yasal olmayan veya meşru-gayrimeşru şeklinde ikili bir tasnife tâbi tutar. Çok değerli mantık sisteminde ise bu ikisi arasında gri alanlar vardır. Modern hukuk mantığında bulunmayan bu tasnif, İslâm hukukunun dini menşeli bir hukuk sistemi olmasının neticesidir. İslâm'ın, insanları "insan-ı kâmil" mertebesine getirmek gibi bir hedefi vardır. Bunun için sadece emir ve yasak değil, diğer ara normları da belirtir. "Yapmak zorunda değilsin ama yaparsan iyi olur" veya "yapman yasak değil ama yapmasan iyi olur gibi" değerler İslâm'da tatbik sahası bulur. Bu durumun bir sebebi de İslâm Dininin "hukuku aşmak/geçmek" olarak adlandırılacak ve hukuk düzeni sana bir hak verse dahi üçüncü kişiler, zor durumda kalanlar lehine o haktan feragât edebilmek, hatta hakkını gasbeden kişiye iyilikle mukabelede bulunabilmek erdemi olarak da tarif edilebilecek bir hedefinin olmasıdır. Bu çerçevede hukuk, mübâdele ve mukâbele üzerine kurulmuştur ki bu şeriattır. Yani, hak sahibinin hakkını her zaman talep edebilmesini ve bunun meşrûyetini ifade etmektedir. Fakat İslâm için hak sahibinin hakkını alması nihâi hedef değildir. Bu, şeriat-tarikat-hakikat veya şeriat-tarikat-marifet-hakikat seviyeleri olarak meşhurdur. Mesela şeriat kısıtı, tarikat (veya marifet) affetmeyi, hakikat kötülüğe iyilikle mukabeleyi emreder. Bu da mübadele ve mukâbele ilişkisinin şahsi planda aşılması, yerine sevgi ve fedâkarlık ilişkisinin hâkim olması manasına gelmektedir. Recep Şentürk, 'Açık Medeniyet: Bir Fıkıh Medeniyeti Olarak İslam', (2007) 82/83/84 Ay Vakti 31, 31-51.; Alev Alatlı, *Akılın Yolu da Bir Değildir*, (İstanbul: Destek Yayınları, 2003), 1-21.; Süleyman Dönmez, 'Saçaklı ya da Puslu Mantığın Eşiğinde Akıl Kavramı', *Bilim, Ahlak ve Sanat Bağlamında Çağdaş İslam Algıları*, (2011) 139-150.; Şentürk, 'Fıkıh Medeniyeti', 40.; Çok değerli mantık sisteminin kullanılması ile de bağlantılı olarak müftî bir fetvâ verirken bunun yanında bir de tavsiye verebilir. Mesela müftî önüne gelen bir meselede, sulh olmak hayırlıdır der, fakat mahkeme bu tavsiyeye istinaden insanları buna uymaya zorlayamaz. Bunun gibi takvayı önceleyen bir âlim, muamele-i şer'iyeye cevaz vermekle birlikte bunu tavsiye etmeyip "Böyle kazanılmış bir paranın bereketi olmaz, yapmayın" diyebilir. Ancak bu tavsiye hukuken bir mânâ ifade etmez. Hukuken herhangi bir mânâ ifade etmemesi ise bunun İslâm hukuk sistematığı içinde olmadığını göstermez. Bu mânâda hîle-i şer'iyenin kullanılıp kullanılmaması, kişinin dini hassasiyeti (takvası) ile ilgilidir sonucuna varılabilir. Bütün bu hususlar İslâm hukukunun esnekliğini göstermesi bakımından da mühimdir.

<sup>133</sup> Jean Baz, *Essai sur la fraude a la loi en Droit Musulman*, Paris, 1938'den aktaran Topçuoğlu, *Kanuna Karşı Hile* (n 17) 281.

ameleler ile gerçekleştirilmesi ise vâkıları şer'î şekillere uydurma zaruretini ifade etmektedir. Yani hâcet bulunması dinen hîleyi caiz hale getirmekte, bunu şeklen hukuka uygun muameleler ile yapmaksâ kazâî meşrûiyeti temin etmektedir. Joseph Schacht'ın, hîle-i şer'iyenin İslâm hukukunda *teori-pratik* uyumunu sağladığına işaret etmesi de bu şekilde anlaşılmalıdır<sup>134</sup>.

Hîlenin kazâî meşrûiyeti hukuka uygun muameleler ile sağlanmaktadır. Ayrıca gerekli şartlar bulunduğu hîle-i şer'iyeye bir ruhsat olarak kabul edilmekte ve bununla amel etmek mübah hale gelmektedir. Mübah sahada da devletin düzenleme yapma imkânı bulunması, devletin hîleye müdahalesinin mümkün olduğunu göstermektedir. Nitekim maslahat varsa devlet mübah bir fiili yasaklayabilir veya emredebilir. Bu çerçevede devlet, belirli bir hîleyi yasaklayabilecek veya sınırlandırabilecektir<sup>135</sup>. Dolayısıyla belirli bir hîlenin dini hükmü tarafların niyetlerine ve içinde buldukları şartlara, bu hîlenin kazâî hükmü ise devletin o hîle karşısındaki tutumuna bağlıdır.

#### F. Hîle Hakkında Umumi Değerlendirme

İslâm hukuku gibi dini menşeli hukuk sistemlerinde insanlar, hukuka uyarak hem işlerini dinen meşru dairede kalarak halledip uhrevî müeyyideden kurtulmak hem de bu yolla dünyevî bir müeyyide ile karşılaşmamak ister. Fakat bazen hayat şartları insanları hukuka aykırı işler yapmaya zorlar. Hukukun bir vazifesi de insanların problemlerini çözmek olduğu için bu noktada hukuk sistemi çeşitli düzenlemeler ve müesseseler ile hukukun tıkanıp noktaları açmak suretiyle amme nizâmını sağlar. Nitekim zaruret halinde yasakların mübah hale dönüşmesi bunun en bariz misalidir. Bu noktada kullanılan yollardan bir tanesi de hîle-i şer'iyedir.

<sup>134</sup> Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, (Oxford University Press 1982), 210.; Joseph Schacht, 'al-Hiyal', Eİ2, Cilt 3, 512.

<sup>135</sup> Meşrûiyeti dinen ihtilafı bir hîle örneğinde devlet, bu hîlenin hukuktan kaçmak veya hukuka uymak için mi yapıldığını birkaç şekilde değerlendirebilir. Öncelikle mahkemeye tarafların niyetini tespit edip muamelenin akibeti hakkında hüküm verme mükellefiyeti yüklemeksizin, bu hîlenin hukuktan kaçmak için yapıldığını varsayıp bunu yasaklayabilir veya bu hîleyi hukuka uymak maksadıyla yapıldığını varsayarak meşrû görebilir veya yapılan hîlenin şer'î mi bâtil mi olduğunun takdirini, olayın şartlarını göz önüne alması kaydıyla hâkime bırakabilir. Tarafların niyetinin nasıl tespit olunacağı, objektif/sübjektif nazariyenin niyete yaklaşımı vb. meseleler, hâkime bu hususta takdir yetkisi verilmesi ihtimalinde karşımıza çıkar. Osmanlı tatbikatında böyle bir durumla karşılaşılması ve esas mevzumuzun bu olmaması hasebiyle bu hususta bir değerlendirme yapmaya gerek görülmemiştir. Hukukta niyet hakkında bkz. İbrahim Kâfi Dönmez, 'Niyet', DİA, Cilt 33, (TDV 2007) 169-172.; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme*, (Filiz Kitabevi 2017).



İslâm hukukunda hîleler, şer'î ve bâtil olmak üzere ikiye ayrılmış olup bâtil hîleler caiz görülmezken şer'î hîleler belirli şartlar altında caiz görülmüş ve tarihte de tatbik imkânı bulmuştur. Yukarıda da ifade edildiği üzere hîle-i şer'îyenin meşrûyeti zarurete dayanmaktadır. Nitekim zaruret varsa hîle caiz olmaktadır. Burada zaruret ile kastedilen hem dar mânâsıyla zaruret hali hem de geniş mânâdaki zaruret, yani hâcet halidir. Bununla birlikte hâcet halinin umumi bir hal alması sebebiyle amme nizamının bozulması durumunda, bu hâcetin bir hîle-i şer'îye ile giderilme imkanı varsa buna başvurmak maslahat icâbı olur. Böylesi durumlarda, bu gibi sebeplerle şer'î hîlelere başvurmak bir ruhsat olarak telakki edilmiş, keyfi olarak hîleye başvurmaksa uygun görülmemiştir<sup>136</sup>.

Hîle hususunda her ne kadar Hanefî ve Şafiîler öne çıksa da, her mezhepten hukukçu az veya çok hîleye müracaat etmiştir. Ulemâ arasındaki görüş farkı ise tatbikatta ortaya çıkmaktadır<sup>137</sup>. Nitekim Hanbelî âlim İbn Kayyim, hîleyle

<sup>136</sup> İbn Âbidîn, *Reddül-Muhtar*, Cilt 4 (n 5) 339.; Benzer ifadeler için bkz. *Fetavâ-yı Hindîyye*, Cilt 6 (n 49) 390 vd.; Serahsî, *Mebûsât*, Cilt 30 (n 10) 274.

<sup>137</sup> İsmail Hakkı İzmîrli, *İlm-i Hilâf*, 148 vd.; Burada, Hanefî mezhebince ortaya konulan, diğer mezheplerde de beğenilip tasvip edilen bazı hîle örnekleri esas mevzumuzla alakası göz önüne alınmaksızın zikredilmiştir. Nitekim bu misaller her mezhebin farklı yoğunlukta da olsa hîle-i şer'îyyeye cevaz verdiği delil teşkil etmektedir. "*Birisini hanımına "sen benden hul" [muhâlea/anlaşmalı boşanma] istediğinde, ben de seni hul' etmez isem, benden üç talakla boşsun dedi ve kadın da hul' istedi. Daha sonra her ikisi de pişman bir vaziyette Ebu Hanîfe'ye geldiler. Ebu Hanîfe kadına kocasından hul' istemesini söyledi kadın da bunu istedi. Kocasını da "bana vereceğin 1000 dirhem karşılığında seni hul' ettim" dedi. Karısı da "hayır, kabul etmiyorum" dedi. Ebû Hanîfe onlara "Şimdi kalkıp gidiniz, her ikiniz de yemininizi yerine getirdiniz" dedi.*" Görüldüğü üzere bu misalde söyledikleri sözlerden pişman olan ve zor durumda kalan bir çift için her ikisinin de sözlerini yerine getirdiği fakat boşanmanın gerçekleşmediği bir çözüm bulunmuştur. Serahsî, *Mebûsât*, Cilt 30 (n 10) 318.; Bir başka misal şöyledir: Bir grup hırsız bir kimsenin evine girip eşyalarını alıyorlar ve ev sahibini de tehdit ederek adlarını ebediyen hiç kimseye söylemeyeceğine, söylerse hanımının boş olmasına dair yemin ettiriyorlar. Durum Ebû Hanîfe'ye aktarıncaya o bölgedeki herkesin bir mescide veya eve doldurulmasını, sırayla herkesin dışarı çıkarılmasını ve ev sahibine "bu onlardan mıydı?" şeklinde sorulmasını, ev sahibinin onlardan değilse "onlardan değil" demesini, şayet hırsızlardan birisi ise sükût etmesini, böylece isimlerini kimseye söylemediği için talakın vâki olmayacağını hem de hırsızların aldıkları malların iade olabileceğini bildirmiştir. Görüldüğü üzere burada da haksız yere zor durumda bırakılan ve hakkına kavuşması engellenen bir kimsenin içinde bulunduğu zor durumdan kurtarılması ve hakkına kavuşması mevzubahistir. İmam Muhammed, el-Mehâric, 43-44'den aktaran Baktır, 'İslâm Hukukunda Hîle-i Şer'îyye' (n 7) 85. Benzer bir misal için bkz. İbn Kayyim, *İ'lâmü'l Muvakkîin*, Cilt 3-4 (n 12) 380.; Zulümden kurtulmak için hîle-i şer'îyye yapılabileceğine dair bir misal de şöyledir: Bir kimse, haksız ve zâlim bir başkasının şerrinden emîn olmak için gizlenir ve kendisi ile görüşmeye gelenlere şöyle söyler: "Size beni sorarlar ve yemin teklif ederlerse, nerede olduğumu bilmediğinize dair yemin ediniz. Bununla benim nerede oturduğumu veya nerede durduğumu bilmediğinizi kastediniz (çünkü siz benim [o anda] nerede oturduğumu, nerede uyduğumu veya nerede durduğumu gerçekten bilmiyorsunuz). Böylece doğru söylemiş olursunuz." Serahsî, *Mebûsât*, Cilt 30 (n 10) 281.

tafsilatıyla tetkik ettikten sonra “maksat mübah ise hîlenin mübah, değilse haram olduğu” neticesine ulaşmıştır<sup>138</sup>. Yine Mâlikî âlim Şâtıbî bir hukukî muamelelenin hîle olarak kabul edilmesini, bu tasarrufun şer’i bir hükmü iptal kastıyla yapılmasına bağlamaktadır<sup>139</sup>. Dolayısıyla aslında her mezhep bu hususta niyeti esas almış, fakat niyete yüklenen farklı mânâlar sebebiyle farklı hükümlere ulaşmışlardır. Nitekim zulümden/haramdan kurtulmak maksadıyla hîleye her mezhep cevaz vermiştir. 12. asırda yaşadığı düşünölen Hanefî âlim Saîd b. Ali es-Semerkindî bu durumu “vesikaların te’kidi, haramlardan ve ribâdan kaçınmak, zararı ve zulmü def etmek hususunda Hz. Peygamber’den günümüze kadar hîleye başvurulmuştur ve bu hususta (ne haleften ne de seleften) bir ihtilaf ortaya çıkmamıştır<sup>140</sup>” şeklinde ifade etmiştir<sup>141</sup>. Fakat mezhepler arasındaki fark, bir muamelelenin haramdan kurtulmak maksadıyla mı yoksa harama ulaşmak maksadıyla mı yapıldığının tespitindeki farktan kaynaklanmaktadır. Bunda ulemânın şahsi temâyüllerinin tesiri olduğu gibi, devrin şartlarının ve mezheplerin akitlerde esas aldıkları objektif/sübjektif nazariyenin de tesiri vardır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, bir hîleye bazı âlimler/mezhepler haramdan kurtulmayı sağladığını düşündükleri için cevaz vermekte, bazılarıysa bu yolun harama ulaştırdığını düşündükleri için cevaz vermemektedir.

Nihayetinde hîle-i şer’iyye, şartların zorlaması sonucu hukuka uymakta zorlanan kimselere bir çıkış yolu bulabilmek, haramların irtikâbını azaltmak, amme nizâmını temin etmek gibi maksatlarla kullanılan, hukukî bir usul-müessese görünümü arz etmektedir.

<sup>138</sup> İbn Kayyim, *’l-lâmü’l Muvakkîn*, Cilt 3-4 (n 12) 234.; İbn Kayyim’in bu görüşü serdetmekle birlikte hîle-i şer’iyyeye muhâlif çok sayıda görüşü de bulunduğu bilinmektedir. İbn Kayyim’in bir taraftan Hanefî mezhebinin hîle anlayışına toptan karşı çıktığını ifade ederken, Hanefîlerin pek çok hîle misalini, kitabının konuya hasrettiği bölümünde, meşru hîleler başlığı altında ele aldığı ve bu sebeple kendi içerisinde çelişkiye düştüğü iddiası için bkz. Bakır, ‘İslâm Hukukunda Hîle-i Şer’iyye’ (n 7) 77 vd.

<sup>139</sup> Şâtıbî, *el-Muvâfakât* (n 50) 391.

<sup>140</sup> Semerkindî, *Cennetü’l-Ahkâm* (n 30) 22.

<sup>141</sup> Saîd b. Ali es-Semerkindî’nin hîle-i şer’iyyeye dair Arapça kaleme aldığı “*Cennetü’l-Ahkâm ve Cünnetü’l-Hisâm fî’l-Hiyel ve’l-Mehâric*” isimli önemli bir risâlesi bulunmaktadır. Bu risâlenin arşivde çok sayıda yazma nüshası mevcuttur. Bu nüshalar Saffet Köse ve İlyas Kaplan tarafından karşılaştırılmalı olarak Arapça neşredilmiştir. Bu esere yapılan atıflarda bu nüsha kullanılmıştır. Saîd b. Ali es-Semerkindî hakkında bilgi için bkz. Saîd b. Ali Semerkindî, *Cennetü’l-Ahkâm ve Cünnetü’l-Hisâm fî’l-Hiyel ve’l-Mehâric*, 9 vd.; Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hîle* (n 9) 51.; Necmettin Kızılkaya, ‘Saîd b. Ali es-Semerkindî’nin (v.500/1106 Civarı) “Cennetü’l-Ahkâm ve Cünnetü’l-Hisâm fî’l-Hiyel ve’l-Mehâric” İsimli Eseriyle “Hiyel”i Yeniden Düşünmek’, (2007) 9 İHAD 443, 443-450.

## II. Sosyal Şartların Meseleye Tesiri

Bu başlık altında öncelikle Osmanlı devletinde sıkça karşılaşılan bir hîle tatbikatı üzerinden mesele somutlaştırılmış, ardından hiyel meselesinin “hukuku dolanmanın” bir yolu olup olmadığı hususu ele alınmış ve hîle-i şer'îyyenin İslam hukuk tatbikatındaki rolü alt başlıklar halinde tetkik edilmiştir.

### A. Bir Hîle Tatbikatı Olarak Muamele-i Şer'îyye

Muamele-i şer'îyye, birden fazla akit yapılarak borçlanmayı sağlayan bir kredi temin usulü ve bir karz/borç münasebetinde faiz yasağından kurtulmak maksadıyla müracaat edilen bir çare olarak tarif edilebilir. Aslında kelime mânâsı itibarıyla hukuka uygun bütün hukukî muameleler, muamele-i şer'îyyedir. Fakat bu mefhum, zamanla sadece malum bir hîle (hiyel) çeşidi olan ve birden fazla akit yapılarak borçlanmayı sağlayan bir kredi temin usulü olarak kullanılan hukukî muameleler için kullanılmış<sup>142</sup>, muamele-i şer'îyyenin kurulması için yapılan hukukî muamele ise *devr-i şer'i* olarak adlandırılmıştır.

Bu muamele, tarihte bey'u'l-ıyne olarak bilinen akdin geliştirilmiş halidir<sup>143</sup>. Bu mevzuda Osmanlı ulemâsınca kaleme alınan eserlerde muamele-i şer'îyye, bey'u'l-ıyne yerine kullanılmıştır<sup>144</sup>. Muamele-i şer'îyyeye dair müstakil bir risâlesi bulunan Hamza Efendi'nin risâlesinin şerhlerinde, bey'u'l-ıynenin ve muamele-i şer'îyyenin aynı şey olduğu açıkça ifade edilmiştir<sup>145</sup>.

Muamele-i şer'îyyenin pek çok farklı usulde yapılması mümkün olmakla birlikte<sup>146</sup>, Osmanlı tatbikatında sıkça karşılaşılan usul şöyledir: Muamele-i şer'îyye ile borç verecek olan kimse, borç isteyen kimseye misalen karz olarak 100 akçe verir. Ardından 1 akçe kıymetindeki bir mal, borç isteyene 10 akçeye vadeli olarak satılır. Dolayısıyla aslında 101 akçe kıymetinde borç+mal için 110

<sup>142</sup> Halil Sahillioğlu, 'Muamele-i Şer'îyye', (1978) 164 İktisat Dergisi 10, 11.

<sup>143</sup> Süleyman Kaya, 'XVIII. Yüzyıl Osmanlı Toplumunda Nazari ve Tatbiki Olarak Karz İşlemleri' (n 132) 15.

<sup>144</sup> Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, 79; Kaya, 'XVIII. Yüzyıl Osmanlı Toplumunda Nazari ve Tatbiki Olarak Karz İşlemleri' (n 132) 15.

<sup>145</sup> Tarikatçı Emîr Mustafa, *Tebyînü'l-Merâm*, (Süleymaniye Kütüphanesi, H. Abdullah Efendi 186), v.74a-2 ve Mahmud Seydişehrî, *Şerh-i Bey' ve Şira'*, (Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Kütüphanesi Yazmalar 129), v.136b'den aktaran Kaya, 'XVIII. Yüzyıl Osmanlı Toplumunda Nazari ve Tatbiki Olarak Karz İşlemleri' (n 132) 15.

<sup>146</sup> Bunlar için bkz. Korkmaz, *Osmanlı Hukukunda Bir Kredi Vasıtası Olarak Muamele-i Şer'îyye (XVII. Asır)* (n 1) 81 vd.

akçe borçlanılmış olmakta, bu da bir karz ve bir bey' (satım) akdi ile sağlanmaktadır. Mevzuu hakkındaki temel ihtilaf da aradaki (9 akçelik) kısmın yasak olan ribâ (faiz) olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ve bu muamelenin faiz yasağını dolanmak için üretilmiş bir usul olup olmadığıdır.

Muamele-i şer'iyyenin bir hîle çeşidi olması, hîlenin hükmününse niyete ve şartlara göre değişebilmesi münasebetiyle muamele-i şer'iyyenin hükmü niyete ve şartlara göre değişebilecektir. Zaruret halinde hîleye başvurmaya cevaz verilmesi, bu durumda muamele-i şer'iyyeye de cevaz verileceği anlamına gelmektedir.

Muamele-i şer'iyyenin dini hükmünün, tarafların niyetlerine ve şartlara göre değişebilmesi münasebetiyle, hükme varabilmek için tarafların bunu faizden kaçınmak için mi, yoksa faize ulaşabilmek için mi yaptığını tespit etmek gerekmektedir. Bu tespit yapılmadığı müddetçe bütün vâkıalar için umumi ve tek bir hüküm verilemez. Bu çerçevede, muamele-i şer'iyye ile borç veren açısından bir değerlendirme yapıldığında karşımıza pek çok ihtimal çıkmaktadır. Mesela bir kimse, ihtiyacı olanlara bu yolla borç vermeyi meslek haline getirmiş olabilir. Diğer taraftan bir kimse, vâsisi olduğu yetimin malını muhafaza etmek için veya mütevellisi olduğu hayır maksatlı bir vakıf için muamele-i şer'iyye ile borç veriyor olabilir. Muamele-i şer'iyye ile borç alan kimse açısından bir değerlendirme yapıldığında da pek çok ihtimal mevcuttur. Bununla birlikte bunlardan en kuvvetlisi bir kimsenin müşkül durumda kalıp, karz-ı hasen de bulamaması ve bu şartlar altında muamele-i şer'iyye ile borçlanmış olmasıdır. Şüphesiz hiç kimse karz-ı hasen bulabilecekken, borç aldığı miktardan fazlasını ödeyeceğini bilerek muamele-i şer'iyye yapmaz. Dolayısıyla misallerde zikredilen herkesin faiz yasağını delip haramı elde etmek maksadıyla hareket ettiği söylenemez. Niyetin insanın iç dünyasına ait oluşu ve bunun tespitinin mümkün olmayışı da devrin şartlarını göz önüne alarak bir değerlendirme yapmayı zaruri kılmaktadır.

Günümüz literatüründe muamele-i şer'iyye ekseriyetle, faiz alabilmek için uydurulmuş bir kılıftan ibaret görülmektedir<sup>147</sup>. Ancak bu meselede öncelikle hîle-i şer'iyye ve hîle-i bâtıla ayrımı yapılmamakta; muamele-i şer'iyye değerlendirilirken tarafların niyeti ve bu niyetin tespiti için gerekli olan, muamelenin hangi durum ve şartlar altında yapıldığı ile alakalı bir değerlendirmede bulunulmamaktadır. Tarafların niyetini, vâkıanın hangi durum ve şartlar altında gerçekleştiği göz önüne almadan bir değerlendirme yapılması halinde, bu değerlendirme işin esasına girmeden yapıldığından ötürü şekli bir değerlendirme-

<sup>147</sup> Bkz. "A. Hîle Mefhumu" başlığı.

nin ötesine geçemez ve yukarıdaki misallerin tamamına tek bir hüküm verilir. Hâlbuki bu misallerdeki kimselerin niyetleri birbirinden farklıdır. Dolayısıyla bunlara verilecek hüküm de farklı olmalıdır.

Belirli bir devir ve yerdeki muamele-i şer'îye tatbikatını ve muameleyi yapanların bunu hangi niyetle yaptıklarını anlamak, başta zamanın ulemâsının görüşlerine başvurmak ve devrin şartlarını göz önüne almakla mümkündür. Burada hedef, bu muameleyi yapanların bunu ne niyetle yaptıklarını devrin şartlarını göz önüne alarak anlamaya çalışmaktır. Bunlar yapılmaksızın muamele-i şer'îye tatbikatı hakkında söylenecekler eksik olacaktır. Bu minvalde Kaya'nın şu ifadeleri de zikre değerdir: *"Bir şeyin meşrûiyetinin tespiti noktasında içinde bulunulan şartların etkili olduğu düşünüldüğünde; o dönemde yaşamış ve ilmî kudretinde şüphe olmayan ulemânın kendi dönemleri için meşru gördükleri bir muamelenin, o dönem için meşru olmadığını söylemek imkân dâhilinde görülmemektedir. Yine o dönem hile-i şer'îyelere başvurmak yerine kredi ihtiyacını karşılamak üzere nelerin yapılabileceğine dair günümüzde teklifler sunulduğu görülür. Hâlbuki bu tekliflerin, o dönemin şartlarında uygulanabilirliği ve dönemin ihtiyaçlarına cevap verebilirliğini test etme imkânı mevcut değildir. Üstelik bu tekliflerin o dönemde yaşayan insanlar tarafından düşünülmeyeceği varsayılmaz<sup>148</sup>."* Bu çerçevede hilenin, dolayısıyla da muamele-i şer'îyenin hükmünün tarafların niyetine göre değişebileceği 18. asır Osmanlı ulemâsından Mahmud Seydişehrî tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: *"Bu muamele, mal biriktirmek, servet yığmak için yapılırsa mekruhtur diyenlerin görüşü tercih olunur. Yetim ve vakıf mallarında olduğu gibi iktiza hasebiyle yapılırsa caiz diyenlerin görüşü tercih olunur<sup>149</sup>."* Buna göre muamele-i şer'îyenin mal biriktirmek için yapılması caiz görülmezken yetim ve vakıf mallarında olduğu gibi bunların mallarının muhafaza edilmesi gibi "gereklilik" durumlarında yapılması caiz görülmüştür. Bu görüş Osmanlı ulemâsının genel kanaatidir<sup>150</sup>.

<sup>148</sup> Kaya, 'XVIII. Yüzyıl Osmanlı Toplumunda Nazari ve Tatbiki Olarak Karz İşlemleri' (n 132) 12.

<sup>149</sup> Seydişehrî, *Şerh-i Bey' ve Şirâ*, v.137-a'dan aktaran Kaya, 'XVIII. Yüzyıl Osmanlı Toplumunda Nazari ve Tatbiki Olarak Karz İşlemleri' (n 132) 19.; Aynı husus Kazerûnî tarafından "Zarardan, zorluktan, haramdan kurtulmak için hileye başvurmak caizdir. Bey' bi'l-vefâ da ribâdan kurtulmak için başvuru bir hiledir. Zamanımızda insanların çoğu buna ihtiyaç duymaktadır ve insanları ribâdan kurtardığı için hile yasaklanamaz. Fakat bir hile üçüncü kimselerin hakkını ihlâl ediyorsa o zaman bu câiz olmaz" ifadeleri ile vurgulanmıştır. Kazerûnî, *İşaratü Ba'zı Ehli'l-Vefâ bi Cem'i Ahkâm-ı Bey'i'l-Vefâ* (n 6) v.1-b.

<sup>150</sup> Korkmaz, *Osmanlı Hukukunda Bir Kredi Vasıtası Olarak Muamele-i Şer'îye (XVII. Asır)* (n 1) 80 vd.

Meselenin bir diğer veçhesi de ulemâyı bu tercihe zorlayan sebeplerin ne olduğunun tespitidir. Devrin ulemâsı Hanefî mezhebi içerisindeki daha zayıf bir kavle dayanarak söz konusu görüşü serdetmiştir. Dolayısıyla onları bu tercihe iten bir sebep olmalıdır. Osmanlı Devleti'nin 17. asrına baktığımızda karşımızda üç temel problem vardır. Bunlardan birincisi, para darlığı; ikincisi, zirâi kriz; üçüncüsü ise devlet harcamalarının (hususen askeri alanda) fazlalaşması neticesinde halka yüklenen vergi yükünün artmasıdır. İşte muamele-i şer'iyeye tasarrufları ve bu tasarrufları sıkça kullanan para vakıfları, tatbikatta bu sıkıntıları bertaraf edebilmek gayesine hizmet etmiştir. Nitekim bu, zenginlerin kontrollü ekonomi ve risk sebebiyle ticari hayata dâhil etmediği *yastıkaltı* parasını bir şekilde ticari hayata dâhil etmiş ve birinci problemin bertarafına yardımcı olmuştur<sup>151</sup>.

Para vakıflarının meşru kabul edilmesi de temelde iki vazifeyi icra etmiştir. Birincisi, amme hizmetlerinin bu vakıflar eliyle görülmesi ve devlet hazinesinden bu kalemler için para çıkmaması; ikincisi, ticari ve zirâi hayatta krediye ihtiyaç duyan kimselere bu vakıflar vasıtasıyla borç verilerek, bunların "tefecî" vb. gibi kimselerin eline düşmekten kurtarılmasıdır. Bu da yukarıda zikredilen birinci ve ikinci problemin bertarafına yardımcı olmuştur<sup>152</sup>.

Para vakıflarının meşru kabul edilmesi ile hususen Anadolu'da çok sayıda avarız vakfının kurulduğu bilinmektedir. Avarız vakıfları da paralarını ekseriyetle muamele-i şer'iyeye tasarrufları ile işletmiştir. Bu da yukarıda zikredilen birinci ve hususen üçüncü problemin bertaraf edilmesine hizmet etmiştir. Zira bu yolla hem piyasaya kredi sağlanmış hem de beklenmedik zamanlarda gelen ek ve ağır vergilerin yükü hafifletilmiştir<sup>153</sup>.

Devrin ulemâsı da bazı fetvâlarında muamele-i şer'iyeyi izah ederken zarurete ve şiddetli ihtiyaca vurgu yapmıştır. Bununla alakalı mühim ve uzunca bir fetvânın<sup>154</sup> ilgili bölümleri, tarihî arka planı göstermesi hasebiyle burada zikredilmiştir. Fetvânın sual bölümünün ilgili kısmı şöyledir:

*"Bu mes'ele beyânında Eimme-i Hanefîyeden cevâb ne veçhiledir ki, fî zamanına nâs beyninde bir muamele vardır. Meselâ Zeyd, Amr'a karz bir*

<sup>151</sup> Korkmaz, *Osmanlı Hukukunda Bir Kredi Vasıtası Olarak Muamele-i Şer'iyeye (XVII. Asır)* (n 1) 116.

<sup>152</sup> Korkmaz, *Osmanlı Hukukunda Bir Kredi Vasıtası Olarak Muamele-i Şer'iyeye (XVII. Asır)* (n 1) 116.

<sup>153</sup> Korkmaz, *Osmanlı Hukukunda Bir Kredi Vasıtası Olarak Muamele-i Şer'iyeye (XVII. Asır)* (n 1) 117.

<sup>154</sup> *Mecmû'atü'l-letâif*, v.143a-144b.

*mikdar akçe vermek murâd edinüb, onu on birden ziyadece ribh hâsıl olmak için, on bin akçe karz ve bin akçe bahalı bir dâbbeyi altı yedi ay vâde ile altı bin akçeye verüb ol ribhi helaldir deyû zannederler. Bu makûle mübâyâ'ât ise, karza munzam olmağın fâside olub hîn-i edâda Amr on bin akçe ve dâbbe durursa dâbbeyi ve ilâ değer bahâsını vermek eylese şer'an kâdir olduğuna meşâyih-i islâmdan müte'addid fetâvây-ı şer'iyeye olucak, ashâb-ı mal fâide olmayacak erbâb-ı hâcâta imdâd ve ikrâzdan imtina etmekle ihtiyaç ve zarûrât-ı dünyeviyye sebebiyle muhtâcîn her niceye olursa râzı olub beşeriyet muktezasıyla yine lâzım olmak ihtimaliyle inzimâm-ı karz da'vâsına mutasaddi olmakdan ibâ etmekle mev'ûd olan akçeyi bi't-tamam edâ eyleseler, lakin Sultân-ı Enbiya (sav) Hazretlerinden mervî olan hadis-i şerifinde âkil-i ribâyâ ve mu'tiye ve şâhide ve kâtibine la'net olunsun deyü buyurulucak erbâb-ı hâcat vesile-i murâdat olan meblağa eşedd-i ihtiyaç ile muhtâc oldukda, erbâb-ı mal ribh-i kalîl ile kanâ'at etmeyüb bi'zzarure muradına müsaadeye cevaz göstermek icâb edicek, tarafeyn hadîs-i şerifte olan la'nete mazhâr olmayub dâfi' malından müntefi' olub muhtâc def'i zarûrât etmekle ne minvâl üzere muamele olunmak lâzımdır? Alet-tafsîl beyân buyurulub müsâb oluna.*

Görüldüğü üzere burada, insanların ihtiyaç ve zaruret sebebiyle, muamele ile borç verecek kimsenin istediği ribhe razı olmak zorunda kaldığı ve ihtiyaç sahiplerinin bu paraya “eşedd-i ihtiyaç ile muhtaç” olduğu vurgulanmakta, bu durumda kalarak bu muameleyi yapan kimsenin de faizli muamele yapanlara lanet edilen hadisin şümûlüne girip girmediği sorulmaktadır. Buna cevap olarak ise şöyle fetvâ verilmiştir: “*El-Cevâb: Allah-u Teâlâ A'lemu Bi Hakikatihî. Bu bâbda müçtehidin-i e'âzım birkaç vecih yazmışlar ve mahall-i zarûretde amel olunmasına zâhib olmuşlar...*” dedikten sonra bu meselede görüş bildiren ulemânın söylediklerine yer verilmiş<sup>155</sup>, ardından “*haramdan firâr için ihtiyât*

<sup>155</sup> “Allah-u Teâlâ A'lemu Bi Hakikatihî. Bu bâbda müçtehidin-i e'âzım birkaç vecih yazmışlar ve mahall-i zarûretde amel olunmasına zâhib olmuşlar... Filhakika bu zamanda tâife-i tüccar bey' ve şirâlarında ribâdan salim oldukları müselleme değildir... Binâen alâzâlik Meşâyih-i Belh'in akvâli müstahsendir. Mühşî-i sadrüşşeri'a Ahi Çelebi merhum müellifi olan kitâbında “bey'u'l-ıyne” dediği mahalde Sâhibü'l-Hidâye, İyenenin kerahetine zâhib olduğun ve illetinde ashâb-ı mal erbâb-ı hâcâta mutâvâ'aten karzdan i'râz ederler. Ol takdirce buhl lâzım gelür. Buhl ise mezmûmdur deyû buyurub Şârih-i Hidâye Şeyh Ekmel Hazretleri, İyneyi tasvîr eyledükdüden sonra “Mezmûmdur, anınla ribâ ihtirâ'dır. Sultân-ı Enbiyâ zem eylemişlerdir” deyû Kadîhan sâhibi gibi celîlü's-şânın hilâfına zâhib olmuşdur. Lakin Bahr-i Kurumi'r-Rûm Müftiis-Sekaleyn Kemal Paşazâde merhum Tabakât Risâlesinde İmâm-ı Kadîhan Hazretlerini tabaka-i sâlisede müçtehid fi'l-mezheb kaydları zâhir olucak tarafeynin akvâli daha bâhir olur. Ahi Çe-

*mendûbdur*” denilmiş ve zaruret hali içinde kalan kimselerin bu muameleyi yapmalarının “*mercûh*” olduğu ifade edilerek cevaz verilmiştir. Görüldüğü üzere hususen sual kısmındaki şiddetli ihtiyaç ve zaruret vurgusu, tarihî şartları göstermesi bakımından mühimdir. Bu şartlar, devrin şer’iyye sicilleri üzerinden de takip edilebilmektedir. Nitekim tetkik edilen şer’iyye sicillerinde bu muamelelerin para vakıflarının, şahısların, avarız vakıflarının, yeniçeri ortalarının, yetim mallarının işletilmesinde sıklıkla (hatta bazıları için “yegâne” denebilecek sıklıkla) kullanıldığı müşahede edilmiştir.<sup>156</sup>

Neticede, muamele-i şer’iyyenin meşrûiyeti hususundaki fıkhi ihtilaflara, mezhep imamlarının ekseriyetinin olumsuz kanaatine rağmen, bu müesseseye Osmanlı ulemâsınca geniş bir hüsnü kabul gösterilmesinin ve bunun tatbikatta yoğun bir biçimde kullanılmasının en mühim sebebinin tarihî şartlar olduğu müşâhede edilmiştir.

Osmanlı Devleti’nde, halkın yanı sıra askeri ve ilmiye sınıfından çok sayıda kimsenin de muamele-i şer’iyye yaptığı, dahası pek çok şeyhülislâmın bizzat para vakfettiği bilinmektedir. Eğer bu müesseseler gerçek bir ihtiyacın/zaruretin neticesi olmasaydı, en azından hayır işi olarak telakki edilmez ve ulemâ bizzat para vakfetmezdi. Nitekim devrin iktisâdî şartları bu yorumları haklı kılmaktadır. Eğer bu muameleye cevaz verilmese idi para darlığı sebebiyle pek çok kişinin tefecilerin eline düşeceği, zenginlerin elindeki paranın yastık altında kalıp ekonomiye dâhil olmayacağı, var olan zirâi krizin daha da derinleşeceği, beklenmedik zamanlarda gelen ek vergiler halkın sırtına fazladan bir yük

---

*lebi merhum, İmam Ebu Yusuf Hazretlerinden İyne câize ve me’cûre olmasın nakleder. Ve şârih-i Kudurî İmam Zâhidî, Muhît’ten nakleder ki, haramdan firâr için ihtiyât mendûbdur. Ahi Çelebi merhum bu mikdâr fuzalâ-i kümmelînin akvâlini tetebbu’ edüb kitâbdab nakl eyledükden sonra semt-i takvaya sâlik olub buyururlar ki; şol kimesne ki, Rabbü’l-izzet’den havf eyleye, bu makule mübâyaa ve mu’âmelenin yanına uğramaz, hillü hürmetine hükmeylemez ve mübâşeret etmez, edeni dahi nehyeyemez ve tahrid ve tenfir ettirmez. Mehmâ-ımkân mün’akid olduğu meclise hâzır olmaz, fiilen ve kavlen taarruz dahi eylemez deyu buyurmuşlardır. Mahsûl-ı kelâm budur ki, fi zemânına ribâ-horlar karz inzimamıyla etdikleri mübâyaa’ât-ı fâsidedir. Edenler sâ’î bi’l-fesâd zümresine lâhık olmak ile nefy an’il-beled olmalarına merhum Ebüssuud Efendi Hazretleri fetvâ vermişdir. Bi’l-iztirâr muhtaç olacak bâlâda zikrolunan akvâl-i kümmeline mütâlâa olunsun. Ba’de-iz’ân tarafeyne enfa’ olan ile amel olursun, ashâb-ı mal müntefi’ ve erbâb-ı hâcât makdiyyü’l-merâm olmağla dâfi’ me’cûr olmak dahi mercûhdur. Ketebehu el-Fakîr Muhammed Eş-Şehîr Bi Bostanzâde.” Mecmû’atü’l-letâif (n 154) v.143a-144b.*

<sup>156</sup> Bu gruplardan her birinin yapmış olduğu muamele sayısı, bunların toplam sayıya oranları, bunların bu muameleyi hangi amaçla yaptığının tespiti vb. için bkz. Korkmaz, *Osmanlı Hukukunda Bir Kredi Vasıtası Olarak Muamele-i Şer’iyye (XVII. Asır)* (n 1) 140 vd.



bindireceği söylenebilir. Ayrıca toplumun bir ihtiyacı meşru yollarla giderilemediği için gayrimeşru yollara tevessül edilip yeraltına inileceği, dahası devletin müdâhil olması mümkün alanın dışına çıkacağı da ifade edilmelidir. Meşru imkân ve hadlere rağmen devletin, *kanun dışı murabahacılık* yapanlarla zaman zaman mücadele etmek durumunda kaldığı göz önüne alındığında, aksi bir vaziyetin daha büyük problemlere yol açacağını tahmin etmenin spekülasyon olmayacağı söylenebilir. Osmanlı ulemâsı, bu ve bunun gibi mahzurları bertaraf edebilmek gayesine matuf olarak, fikhın esnekliğinden istifade etmek suretiyle bu muameleyle hüsn-ü kabul göstermiştir.

Neticede muamele-i şer'îyyenin dini meşrûiyeti niyete bağlıdır. Kişilerin gerçek niyetinin bilinmesindeki güçlükler münasebeti ile kazâi hükmü bu niyetin dış dünyaya aksetme şekli olan hukukî muamelelere bakarak verme zarureti vardır. Bu sebeple Osmanlı Devleti, muamele-i şer'îyyenin (devr-i şer'i) yapılmasını, faizli muameleden kaçma iradesine bir karine olarak kabul etmiş ve kazâen bu muamelenin meşrûiyetini tanımıştır.

## B. Hîle-i Şer'îyye Hukuku Dolanmanın Bir Yolu Olabilir mi?

Hîle-i şer'îyyeye yönelmiş önemli eleştirilerden bir tanesi de bunun hukuku dolanmanın, kanuna karşı hîlenin bir yolu olabileceği eleştirisidir. Gerçekten bu müessese, yapısı gereği hukuku dolanmak isteyenler için elverişlidir. Fakat hukukta pek çok mesele kötüye kullanmaya elverişlidir. Bir müessesenin kötüye kullanılma ihtimali başka şey meşruiyeti başka şeydir. Yine hukuki olan pek çok şeyin ahlaki görülmemesi hukuk için yabancı bir fenomen değildir. Nitekim bir kimsenin, dostunun hacedilen mallarını açık artırmada satın alıp kullanmasında hukukten hiçbir sakınca yoktur. Fakat bunun ahlakiliği üzerine söz söylenebilir veya en azından toplumsal olarak bu gibi şeylere hoş bakılmayacağı aşikardır.

Çalışmada şimdiye kadar meselelerin sadece kitaplar/metinler üzerinden okunamayacağına vurgu yapılmıştı. Bu başlıkta da aynı yere vurgu yapılmalıdır. Hîle-i şer'îyyenin hukuku dolanmanın bir yolu olduğunu ve engellenmesi gerektiğini kabul ettiğimiz zaman, karşımıza çözmemiz gereken başka problemler çıkmaktadır. Mesela muamele-i şer'îyyenin dinen ruhsat kategorisine girmesi<sup>157</sup>, bu ruhsatın umumiyetle mübahlık ifade etmesi, devletinse mübahları sınır-

<sup>157</sup> Bu çerçevede yukarıda zikredilen bu ifadelerin burada tekraren ifadesi elzemdir. “*Maamafih bu muamelede kerahetten hâli değildir. Hatta bazı zevata göre bu muamele haramdır, bir ri-*

lama hatta yasaklama hakkının bulunması münasebetiyle devlet, gerektiğinde belirli bir hîleye müdahale edebilecek hatta bu hileyi yasaklayabilecektir. Yani belirli bir hîle kazâen gayrimeşru addedilebilecektir. Fakat devletin belirli bir hîleyi yasaklaması, onu her zaman ortadan kaldıracabileceği mânâsına gelmemektedir. Nitekim bu yasağın, karşımıza çözümlenmesi gereken pek çok başka meseleyi çıkarması da pek tabii mümkündür. Muamele-i şer'iyeye üzerinden misal vermek gerekirse; mesela iki kişinin muamele-i şer'iyeye yapması, bunu da bir satış ve bir karz-ı hasen yaparak formüle etmesi halinde, devlet bu muameleler hakkında neden ve nasıl bir hukukî bir süreç başlatacaktır? Taraflar iki farklı hukukî muamele yaptığını iddia ediyorken mahkemenin, bu muamelelerin faizi gizlemek için yapılmış olduğunu ispata yeltenmesi hayatın tabii seyrine aykırıdır. Nitekim bunu yapmak, aynı kimselerin aynı esnada veya yakın zaman aralığı ile yaptığı bütün satım ve karz akitlerinin mahkemece incelenmesi mânâsına gelir ki bunun mümkün olmadığı açıktır. Ayrıca aynı kimselerin, aynı vakitte yapmış oldukları satım ve karz akitleri her zaman muamele-i şer'iyeye yapıldığını da göstermez. Taraflar muamele-i şer'iyeye yapma niyeti olmaksızın birbirinden bağımsız birer satım ve karz akdi yapmış olabilir. Bu durumda, bunların da hîle kapsamında değerlendirilmesi hukukî güvenliği tehdit eder. Ayrıca muamele-i şer'iyeyde, üçüncü kişilerin hakkı haleldâr edilmemektedir. Dolayısıyla böyle bir muamele ancak taraflarca mahkeme önüne getirilebilecektir. Taraflar da bunu bilerek ve isteyerek yaptıkları için böyle bir ihtilafın dava konusu olması düşük bir ihtimaldir. Bu ihtimalin gerçekleşmesi durumunda da gerçek durumun ispatına dair yeni problemlerle karşılaşılacaktır. Bir müesseseye işlerlik kazandıran şey, ona duyulan ihtiyaçtır. Bu ihtiyaç devam ettiği müddetçe tatbikat da bir şekilde devam edecektir. Bütün bunlar göz önüne alındığında, devletin bu muameleyi kazâen gayrimeşru görmesi ve yasaklaması, nazari olarak mümkün olmakla birlikte şartlar bunu zorunlu kıldığı müddetçe tatbikatta mümkün görünmemektedir.

Durum böyle olmakla birlikte, ihtiyaç halinde devletin burada meseleye müdahale hakkı her zaman mevcuttur. Bir hîle tatbikatı, hukuk düzeni ve/veya toplum için bir tehdit halini alırsa devletin buraya müdahalesi kaçınılmaz olur.

---

*ba meselesidir. Fakat bu muameleler Ebu Yusuf'a göre caizdir. Ve bunlar bir emri hayra hizmet için yapıldığı ve ayrıca bir bey' ve şira' mahiyetinde bulunduğu cihetle memduhtur. Ribadan kurtulmak için bir mahlas-ı şer'i dir... Vakıa karz-ı hasen... pek müstahsendir. Fakat her zaman bu yüksek insani vazifeyi ifa edecek zâtlar bulunamaz. Artık nâssın ihtiyacını tehvin için böyle bir mahlas-ı şer'iyeye müracaat, azimet tarikine münâfi olsa da ruhsat tarikine muhalif olmaz." Bilmen, Kamus, Cilt 6 (n 81) 100.*

Nitekim muamale-i şer'îyyenin bir yetimin mallarını muhafaza için yapılması mümkün olmakla birlikte tefeciliğe kılıf olarak kullanılması da mümkündür. Osmanlı Devleti bu şekilde servet edinen “ribahorlara” belirli bir vakte kadar müdahale etmemiş fakat şartlar olgunlaştığında onları İstanbul'a kasap olarak vazifelendirmiştir. Tatbikatın tafsilatı alakalı eserlere havale edilmekle birlikte İstanbul'a kasap yazılmak demek (narh tatbikatı vb. sebeplerle) mutlak surette zarar etmek ve maliyetin altına et satışı yapmak demektir. Bahsi geçen devirde bu iş, büyük servetleri eritebilecek bir görünüm arz etmektedir. İşte bu yolla devlet hem “kanun dışı murabahacılık” mücadele etmiş hem de bu şekilde kazanılmış “şâibeli” paranın bir şekilde halka döndürülmesini sağlamıştır<sup>158</sup>. Bu çerçevede bu tatbikat, ribâhorluk/tefecilik yapanların kasap olarak vazifelendirilip edindikleri gayri meşru/şâibeli servetlerinin, bir şekilde halka ve/veya devlet hazinesine döndürülmesi şeklinde özetlenebilir ve Osmanlı'nın kendine has çözümlerinin/sosyal adalet anlayışının bir misali olarak zikredilebilir<sup>159</sup>.

Yukarıda zikredilen misalden de anlaşılacağı üzere devletin hîle-i şer'îyye meselesine müdahalesi her zaman mümkündür ve tarihi süreçte ihtiyaç halinde bu yapılmıştır. Neticede kötüye kullanmaya müsait bir müessesenin kötüye kullanılmasını engellemek devlete düşen bir vazife olarak telakki edilmiştir.

### C. Hîle-i Şer'îyyenin Hukuk Tatbikatındaki Rolü: “Hukukun Emniyet Sibobu”

Hîle-i şer'îyyenin, şartların zorlaması sonucu hukuka uymakta zorlanan kimselere bir çıkış yolu bulabilmek, haramların irtikâbını azaltmak, amme nizâmını temin etmek gibi maksatlarla kullanılan, hukukî bir usul-müessese olduğu defaatle ifade edilmişti. Mesele hem teorik hem tatbiki olarak tetkik edildiğinde hîle-i şer'îyyenin İslam hukuk tarihinde çok önemli vazifeler icra ettiği rahatlıkla ifade edilebilir. Bu cihetten hîle-i şer'îyyenin hukukun emniyet siboplarından birisi olduğu söylenebilir. Çünkü bu yol kapalı olsaydı insanların harama düşmekten, hukuka aykırı yollara tevessül etmekten başka çaresi kalmayacaktı. Nihayet prensip itibarıyla hileye cevaz vermeyen mezheplerin bile belirli noktalarda bu tatbikatları caiz gördüğü hatırlanmalıdır. İslam hukuku-

<sup>158</sup> Bkz. Korkmaz, *Osmanlı Hukukunda Bir Kredi Vasıtası Olarak Muamele-i Şer'îyye (XVII. Asır)* (n 1) 194 vd.

<sup>159</sup> Kasap yazılma meselesi ile alakalı olarak yapılmış tafsilatlı bir akademik çalışma yoktur. Bu sebeple sadece kendi mevzumuzla alakalı olan kısma değinilmiş, konunun diğer boyutlarına işaret etmekle iktifa edilmiştir.

nun sadece kâğıt üzerinden (metinler üzerinden) tetkiki, bu meseleyi sağlıklı anlamamanın önündeki en büyük engel olarak görünmektedir. Zira hukuk, insanların problemlerini çözmeyi hedefleyen “canlı ve esnek” bir müessesedir. Tarihi süreçte de su akmış yatağını bulmuştur<sup>160</sup>.

## Sonuç

Netameli ve çok farklı cihetlerden tetkiki gereken bir meseleyi ele alan bir çalışmada kısa bir sonuç yazmak zor bir iştir. Nitekim meseleyi anlamak hem hukuki hem sosyal pek çok farklı müessiri beraber düşünmeyi gerektirmektedir. Dolayısıyla burada çalışma ile ulaşılan sonuçlar kısaca ifade edilmiş, bu sonuçlara nasıl ve neden ulaşıldığı ile alakalı soruların cevabı makalenin içerisindeki ilgili başlıklara havale edilmiştir.

Çalışmada İslam ve Osmanlı hukukunda hiyel tatbikatı hem nazari hem de tatbiki cihetten tetkik edilmiştir. Öncelikle, yukarıda da ifade edildiği üzere, hîlenin hükmünün ulema arasında ihtilafli olduğunu belirtmek gerekmektedir. Hîlenin hükmü hususunda ulemanın ihtilaf etmesi, aynı normun farklı şekillerde yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. Bu ihtilafın pek çok sebebi bulunmakla birlikte, esasında kaynağı tektir ve bu noktada karşımıza “*ameller niyetlere göredir*” hadisi çıkmaktadır. Hîleye cevaz verenler de reddedenler de bu hadisi delil getirmişler, Hanefîler ve Şâfîler hîleye haramdan kaçınmak maksadıyla cevaz verirken, Hanbelî ve Mâlikîler bu yolların harama götürdüğünü iddia etmek suretiyle hîleye cevaz vermemişlerdir. Hîleye karşı çıkanlar, insanların bu yolları kullanarak harama ulaşmak niyetiyle hareket ettiğini varsaymakta; hîleye cevaz verenler ise hîlenin, zor durumda kalan kişiyi haram irtikâb etmekten kurtardığını, dolayısıyla bu kişinin haramdan kaçınmak niyetiyle bunu yaptığını varsaymaktadır. Netice itibarıyla her iki görüş de aynı ölçüyü (niyet) esas alarak farklı hükümlere ulaşmıştır.

İslam hukukunda hiyelin lehinde-aleyhinde hukuki görüşler ve deliller bulunması hiyelin, şer’i ve bâtil şeklinde ikiye ayrılarak tetkikini zaruri kılmaktadır. Hîle-i şer’iyye, hukuka uymakta bir zorluk ile karşılaşıldığında, insanları içinde buldukları zorluktan hukukun sınırları dâhilinde kalarak kurtarma faaliyeti veya bir kimsenin kendisiyle haramdan kurtulup helale ulaştığı yollar şeklinde, hîle-i bâtila ise “*hukukî hükümleri kurnazca kullanarak başkasının hakkını iptal etmek,*

<sup>160</sup> Bu noktada pek çok farklı misal zikredilebilir. Fakat bu, makalenin zaten geniş olan hacmini daha da artıracaktır. Meselenin somutlaşması bakımından bir misal yukarıda ayrı bir başlık altında ele alındığı için burada bu kısa hüküm cümlesi ile iktifa edilmiştir.

*geçersiz kılmak, hukukun emrini yapmamak veya yasakladığını irtikâb etmek<sup>161</sup>* ya da *“hakkı batıl, batılı hak göstermek<sup>162</sup>”* şeklinde tarif edilebilecektir.

Şer'î ve bâtil hîle ayrımı yapıldığında buna dair bir mikyasa, bir ölçü ortaya koyulması gerekmektedir. Bu, aynı zamanda şer'î/bâtil hîlenin genel hukuk teorisi içerisinde ifade edilmesi mânâsına gelmektedir. Hakkında özel hüküm bulunan meseleler hariç olmak üzere, İslâm hukukuna göre caiz olmayan hîleleri ifade eden hîle-i bâtilanın şartlarını şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Şeklen hukuka uygun bir muamelenin var olması.
2. Bu muamelenin içerisinde hîle iradesinin bulunması. (Hîle iradesi, yapılan muamelenin hîle kastı ile yapılmasını ifade eder. Yani tabii seyri içinde gerçekleşen hukukî muameleler şeklen bir hîle türüne benzese bile, kasıt bulunmadığı için hîle sayılmaz.)
3. Nihai hedefe, araya başkaca hukukî muameleler sokularak ulaşılması.
4. Hukuktan kaçma niyeti ve/veya bu muamele ile üçüncü şahısların haklarının haleldâr edilmesi. (Bir hîle ile üçüncü bir şahsın hakkı haleldâr ediliyorsa o hîleyle bâtil yapan etken niyettir. Fakat bu hîle ile üçüncü bir kimse hakkı haleldâr ediliyorsa niyet göz önüne alınmaz, muamele doğrudan hîle-i bâtila olarak değerlendirilir.)

Hakkında özel hüküm bulunan meseleler hariç olmak üzere, İslâm hukukuna göre caiz olan hîleleri ifade eden hîle-i şer'îyyenin şartlarını da şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Şeklen hukuka uygun bir hukukî muamelenin var olması.
2. Bu muamelenin içerisinde hîle iradesinin bulunması.
3. Nihai hedefe, araya başkaca hukukî muameleler sokularak ulaşılması.
4. Hukukun içerisinde kalma niyetinin bulunması. (Bu niyet, bir kimsenin hukuka uymak istemesini fakat bu hususta bir zorluk bulunması münasebetiyle bunu yerine getirememesini ifade eder. Dolayısıyla burada niyet, zaruret halini de hâvi bir şekilde kullanılmıştır.)
5. Üçüncü şahısların haklarının haleldâr edilmemesi.

<sup>161</sup> İkinci, 'Eski Hukukumuzda Hîle-i Şer'îyyeye Dair' (n 13) 4.

<sup>162</sup> Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hîle* (n 9) 105.

Türkçede kullanılan iki tabir, hîle-i şer'iyye ve hîle-i bâtila ayrımını anlamaya yardımcı olmaktadır. "Kitabına uydurmak" hîle-i bâtilayı, "kitapta yerini bulmak" ise hîle-i şer'iyyeyi tasvir etmekte ve bunların arasındaki ayrımı veciz bir şekilde ortaya koymaktadır.

İslam hukukunun dini bir hukuk sistemi olması münasebetiyle hükümlerin dini ve kazaî cihetlerinin bulunuyor olması da gözden uzak tutulmamalıdır. Buna göre hukuken meşru sayılan her şey, dinen de meşru olacak diye bir kaide yoktur. Dolayısıyla yukarıdaki şartlar, hiyel meselesinin hukuki/kazaî cihetine dairdir. Bu itibarla hukuken sahih olan bir hîleye müracaatın dinen de meşru olabilmesi, zaruret/hacet halinin bulunmasına bağlıdır. Böyle durumlarda şer'i hîlelere başvurmak bir ruhsat olarak telakki edilmiş, keyfi olarak hîleye başvurmak ise uygun görülmemiştir.

Hukukun sosyal şartlardan müstakil değerlendirilememesi keyfiyeti, hiyel tatbikatının neden ortaya çıktığının en önemli izahıdır. Bu sebeple şer'i hîleler "hukukun emniyet sibobu" olarak isimlendirilmiştir. Hiyel tatbikatının kötüye kullanılmaya müsait bir usul olduğu açık olmakla birlikte, sırf bu sebeple caiz görülmemesi makul değildir. Nitekim devletin mübahları sınırlama hatta yasaklama yetkisi vardır. Bu itibarla gerektiği takdirde belirli bir hîleye müdahale edebilecek hatta bazı hîleleri yasaklayabilecektir. Daha açık bir ifadeyle belirli bir hîle, kazâen gayrimeşru addedilebilecektir. Nitekim İslam hukuku tarihinde bunun misallerine rastlanmış olup çalışmada bir misal üzerinden işbu müdahale örneklenmiştir.

Son olarak hîle-i şer'iyyenin İslam hukuk tarihinde çok önemli vazifeler icra ettiği, bu cihetten hîle-i şer'iyyenin hukukun emniyet siboplarından birisi olduğu, bu yolun kapalı olması halinde insanların harama düşmekten, hukuka aykırı yollara tevessül etmekten başka çaresi kalmayacağı, prensip olarak hîleye cevaz vermeyen mezheplerin bile belirli noktalarda bu tatbikatlara cevaz verdiği hatırlanmalıdır. Yine İslam hukukunun sadece kâğıt üzerinde (metinler üzerinden) tetkikinin bu meseleyi sağlıklı anlamının önündeki en büyük engel olarak görüldüğü, hîle meselesini ele alınırken her bir misal için muhakkak surette tarihi, sosyal vb. şartların göz önüne alınması gerektiği, zira hukukun insanların problemlerini çözmeyi hedefleyen "canlı ve esnek" bir müessese olduğu ve tarihi süreçte suyun akıp yatağını bulduğu tekraren ifade edilmelidir. Nihayet hîle-i şer'iyye de suyun yollarından birisi olmuştur.

**Kaynakça**

- Abdullah b. Hasan Kazerûnî, *İşaratü Ba'zı Ehli'l-Vefâ bi Cem'i Ahkâm-ı Bey'i'l-Vefâ*, (İstanbul Müftülüğü Kütüphanesi 1166 No: 967).
- Acar Hİ, 'Talak', DİA, Cilt 39, (TDV 2010) 496-500.
- Ahmed b. Muhammed El-Kudûrî, *Kitabü'l-Kudûrî*, (Dârü'l-Burc 2018).
- Akdağ M, *Türkiye'nin İktisadî ve İçtimaî Tarihi*, (Yapı Kredi Yayınları 2018).
- Atar, Fahrettin. 'Fetva'. DİA, Cilt 12, (TDV 1995) 486-496.
- Akman M, *Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması*, (Eren Yayıncılık 2004).
- Alatlı A, *Akılın Yolu da Bir Değildir*, (İstanbul: Destek Yayınları, 2003), 1-21.
- Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkâm*, (yy. 1330).
- Atıf Bey, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'den Kavâid-i Külliye Şerhi*, (Mahmud Beg Matbaası 1327).
- Aydın MA, *Türk Hukuk Tarihi*, (Beta 2009).
- Ayhan A, 'İslam Hukuku Perspektifi ile Hukukî Realizmin Analizi', (2022) Cumhuriyet İlahiyat Dergisi 26/2, 717-741.
- Baktır M, 'İslâm Hukukunda Hile-i Şer'iyye', 2 İslami Araştırmalar 71-89.
- , *İslam Hukukunda Zaruret Hali*, (Akçağ Yayınları 1981).
- , 'Azimet', DİA, Cilt 4, (TDV 1991) 330.
- , 'Buhârî'nin Sahihindeki "Kitâbü'l-Hiyel"i Hakkında Bazı Mülâhazalar', (1991) 10 EAÜİFD 59-79.
- , 'Hile-i Şer'iyye', İslâm'da İnanç, İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi, Cilt 2, (M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2006) 796.
- Barkan ÖL- Ayverdi EH, *İstanbul Vakıfları Tahrir Defteri 953 (1546) Tarihli*, (1970).
- Bayındır A, 'Osmanlılarda Nazari ve Tatbiki Olarak Faiz', İslam Ekonomisinde Finansman Meseleleri Sempozyum Bildiri Kitabı, (Ensar Neşriyat 1992).
- , *Ticaret ve Faiz*, (Süleymaniye Vakfı Yayınları 2007).
- Bilmen ÖN, *Hukuk-i İslâmiyye ve Istılahât-ı Fıkhiyye Kâmusu*, (Bilmen Yayınevi ty.).
- Çağatay N, *Güncel Konular Üzerine Makaleler*, (Türk Tarih Kurumu Basımevi 1994).
- Çalış H, 'Zaruret', DİA, Cilt 44, (TDV 2013) 141-144.
- Çeker O, *İslâm Hukukunda Akidler*, (Tekin Kitabevi 2014).
- Döndüren H, 'Hile-i Şer'iyye', Şamil İslam Ansiklopedisi, Cilt 3, (Dergah Ofset, 2000) 294-295.
- İbrâhim Kâfi Dönmez, 'Amel', DİA, Cilt 3, (TDV 1991) 16-20.
- , 'Maslahat', DİA, Cilt 28, (TDV 2003) 79-94.

- , 'Niyet', DİA, Cilt 33, (TDV 2007) 169-172.
- , 'Ruhsat', DİA, Cilt 35, (TDV 2008) 207-210.
- , 'Şer'u Men Kablenâ', DİA, Cilt 39, (TDV 2010) 15-19.
- , 'Sedd-i Zerâi', DİA, Cilt 36, (TDV 2019) 277-282.
- Dönmez S, 'Saçaklı ya da Puslu Mantiğin Eşiğinde Akıl Kavramı', Bilim, Ahlak ve Sanat Bağlamında Çağdaş İslam Algıları, (2011) 139-150.
- Ebu'l-İzz el-Cezerî, *Tercüme-i Hiyel Mekanik Tercümesi*, (İhsan Fazlıoğlu- Mustafa Koç haz. Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı Yayınları 2014).
- Ebû Yusuf, *Kitâbü'l-Harâc*, (Beyrut 1302).
- Ebû Zehra M, *Ebû Hanife*, (Osman Keskiöğlü çev, DİB 1997).
- Ekinci EB, *İslam Hukuku ve Önceki Şeriatler*, (Arı Sanat Yayınları 2003).
- , 'Eski Hukukumuzda Hile-i Şer'iyyeye Dair', (2006) (10)1-2 Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 4-16.
- , *İslam Hukuku*, (Arı Sanat Yayınevi 2006).
- , *Osmanlı Hukuku*, (Arı Sanat 2014).
- , *İslâm Hukukunda Değişimin Sınırı*, (Arı Sanat 2018).
- Erdogan M, *İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, (M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları 2016).
- Ergin ON, *Türkiye'de Şehirciliğin Tarihi İnkişafı*, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1936).
- , *Mecelle-i Umur-u Belediye*, Cit 1, (İstanbul Büyükşehir Belediyesi 1995).
- Erkal M, 'Zekât', DİA, Cilt 44, (TDV 2013) 197-207.
- Eser E, 'İslam Hukuku Açısından Hilenin Meşruiyeti (İslami Finans Kurumlar Örneği)', (2015) 25 İHAD 225-250.
- Fetâvâ-yı Hindiyeye*, Cilt 6, (Dâru'l-Fikr, 1310 (1991)).
- Gazzâlî, *İhyâ-yı Ulûmi'd-Dîn*, Cilt 1, (yy. 1403).
- Gözübenli B, 'Türk Hukuk Tarihinde Vakıf Malların Faizli İşletilmesi Hakkında Tahlîli Bir Değerlendirme', XI. Vakıf Haftası Kitabı, (1994) 51-72.
- , 'Keylî', DİA, Cilt 25, (TDV 2002) 361-362.
- Hacak H, 'Vezni', DİA, Cilt 43, (TDV 2013) 95-98.
- Hacı Zihni Efendi, *Nîmet-i İslâm*, (Matbaa-i Amire 1316).
- Hori S, 'Reconsideration of Legal Devices (Hiyal) in Islamic Jurisprudence: The Hanafis and Their "Exist" (Makharij)', (2002) (9)3 Islamic Law and Society 312-357.
- Özen Ş, 'İstislâh', DİA, Cilt 23, (TDV 2001) 383-388.
- Özsoy İ, 'Faiz', DİA, Cilt 12, (TDV 1995) 110-126.



- Imber C, Şeriattan Kanuna -Ebussuud ve Osmanlı'da İslami Hukuk-, (Murteza Bedir çev. Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 2004).
- İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtar*, Cilt 1, (1407(1987)).
- İbn Kayyim el-Cevziyye, *Tuhfetü'l-Mevdûd bi-Ahkâmî'l-Mevlûd*, (Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1403 (1983)).
- , *İ'lâmü'l Muvakkîin*, Cilt 3-4, (Pehlül Düzenli çev. Pınar Yayınları, 2017).
- İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, (y.y 1968).
- İmam Şâfiî, *el-Ümm*, Cilt 3, (Daru'l-Fikr 1410 (1990)).
- İzgi C, 'Hiyel', *DİA*, Cilt 18, (TDV 1998) 178-180.
- İzmirli İsmail Hakkı, 'Cevâzın Ahkâm-ı Şeriat'ten Olup Olmadığına Dair Nizâ Nizâ-l Lafzîdir', (1330) 12/303 *Sebilürreşâd* 296-301.
- , *İlm-i Hilâf*, (Hukuk Matbaası, 1330).
- Jennings R, 'Loans and Credit in Early 17th Century Ottoman Judicial Records', (1973) 16 *Journal of the Economic and Social History of the Orient* 168-216.
- Kacı T, 'Bir Kaidenin Serencamı: Hâcet Umumi Olsun Hususi Olsun Zaruret Menzilesine Tenzil Olunur', (2016) 2 *Cumhuriyet İlahiyat Dergisi* 137-173.
- Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-Zünûn*, 1, (MEB 1971).
- Kaya S, 'XVIII. Yüzyıl Osmanlı Toplumunda Nazari ve Tatbiki Olarak Karz İşlemleri', Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2007.
- , '17. Yüzyıl Sonlarında Muhelif Bir Metin: Muhammed b. Hamza el-Aydî'nin Bey'u'l-İne Risalesi', (2009) 1 *Divan* 97-112.
- , 'Akifzâde'nin Mecelletü'l-Mehâkim İsimli Eseri Çerçevesinde Osmanlı Fetvasında Değişim', (2011) (40)1 *MÜİFD* 93-108.
- Kılınç A, 'The Influence of the Ottoman State on Islamic Law', (2022) (7)2 *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 547-580.
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme*, (Filiz Kitabevi 2017).
- Korkmaz S, *Osmanlı Hukukunda Bir Kredi Vasıtası Olarak Muamele-i Şer'iyye (XVII. Asır)*, (On İki Levha Yayınları 2021).
- Köse S, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, (Birleşik Yayıncılık, 1996).
- , 'Hiyel', *DİA*, Cilt 28, (TDV 1998) 170-178.
- , 'Hile-i Şer'iyye Konusunda İlginç Bir Risâle', (2003) 1 *İHAD* 231, 231-255.
- , 'Hile-i Şer'iyye Konusunda Ebû Hanîfe'ye Yöneltilen İthamlar', (2012) 19 *İHAD* 149-162.
- Kızılkaya N, 'Saîd b. Ali es-Semerkandî'nin (v.500/1106 Civarı) "Cennetü'l-Ahkâm ve Cünnetü'l-Hisâm fî'l-Hiyel ve'l-Mehâric" İsimli Eseriyle "Hiyel"i Yeniden Düşünmek', (2007) 9 *İHAD* 443-450.

- Mandaville JE, 'Faizli Dindarlık: Osmanlı İmparatorluğunda Para Vakfı Tartışması', (1998) 51 çev. Fethi Gedikli Türkiye Günlüğü, 129-144.
- Mansûrîzâde Saîd, 'Cevâzın Ahkâm-ı Şer'îyyeden Olmadığına Dair', (1330) 1/10 İslâm Mecmuası 295, 295-303.
- Mehmed Hilmi el-Akhisârî, *Risâle fî Beyâni'r-Ribâ ve'l-Bey'i'l-Fâsid*, (Manisa İl Halk Kütüphanesi, Manisa Akhisar Zeynelzade Koleksiyon, Arşiv No: 45 Ak Ze 5844/1).
- Pamuk Ş, *Osmanlı-Türkiye İktisadî Tarihi 1500-1914*, (İletişim Yayınları 2015).
- , *Osmanlı Ekonomisi ve Kurumları*, (Türkiye İş Bankası Yayınları 2016).
- Saîd b. Ali Semerkandî, *Cennetü'l-Ahkâm ve Cünnetü'l-Hisâm fî'l-Hiyel ve'l-Mehâric*, (Saffet Köse- İlyas Kaplan Haz., Dâru's-Sadr, 2011).
- Sahillioğlu H, 'Muamele-i Şer'îyye', (1978) 164 İktisat Dergisi 10-16.
- Sava Paşa, *İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd*, Cilt 2, (Baha Arıkan çev, Yeni Matbaa 1956).
- Schacht J, *An Introduction to Islamic Law*, (Oxford University Press 1982).
- , 'al-Hiyal', EI2, Cilt 3, 510-513.
- Serahsî, *Mebûsât*, Ed., Cilt 30, (Mustafa Cevat Akşit ed, Gümüşev Yayınları 2008).
- , *Usûlü's-Serahsî*, Cilt 1, (Dâru'l-Mağrife t.y.).
- Songur H, 'İslam Ceza Hukuku Üzerine -Genel Kısım Özel Kısım Ayrımı ve Belirlenmiş Suçlar Bakımından Cezaların Taksimi-', (2003) İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi 1, 187-195.
- Şâban Z, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkıh)*, (İbrahim Kâfi Dönmez çev, TDV 2019).
- Şâtıbbî, *el-Muvâfakât*, (Mehmet Erdoğan çev. İz Yayıncılık 2003).
- Şentürk R, 'Açık Medeniyet: Bir Fıkıh Medeniyeti Olarak İslam', (2007) 82/83/84 Ay Vakti 31-51.
- Tarikatçı Emîr Mustafa, *Tebyînü'l-Merâm*, (Süleymaniye Kütüphanesi, H. Abdullah Efendi 186).
- Topçuoğlu H, *Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları)*, (Selüloz Basımevi 1950).
- Uludağ S, 'Ruhsat', DİA, Cilt 35, (TDV 2008) 210.
- , *İslâm'da Faiz Meselesine Yeni Bir Bakış*, (Dergâh Yayınları 2010).
- Yaran R, 'İhtiyaç', DİA, Cilt 21, (TDV 2000) 573-574.
- Yeniçeri C, *İslam'da Devlet Bütçesi*, (Şamil Yayınevi 1984).
- Zahidü'l-Kevserî, *Hüsnü't-Tekâdi fî Sîreti'l-İmâm Ebû Yûsuf el-Kâdî*, (y.y, t.y.).
- Zeydân A, 'İslâm Hukukunda Zaruret Hali', ty. (13)3 Diyanet İşleri Başkanlığı Dergisi, Hayreddin Karaman çev. 162-175.