

İSLAM AİLE HUKUKUNDA SEBEBİN NETİCE GİBİ HÜKÜM DOĞURMASI

Yrd. Doç. Dr. Ahmet AYDIN*

Özet: İslam hukukunda, sebep-netice ilişkisinin birçok açıdan dikkate alındığı görülmektedir. Bu makalede inceleyeceğimiz "sebebin netice gibi hüküm doğurması" şeklinde ifade ettiğimiz kuralın sebep-netice ilişkisinin bir parçası olarak değerlendirilmesi mümkün görünmektedir. İlgili kural, hukukun diğer alanlarında da etkili olmakla birlikte bu makalede asıl olarak aile hukukuyla ilgili meseleler incelenmiştir. Bu bağlamda, araştırmamızda halvet, nesep, talak gibi konularda sebebin netice hükmünde değerlendirildiği meseleler analiz edilecektir. Örneğin, bazı mezheplere göre tartışmalı olmakla birlikte halvetin cinsel ilişki gibi değerlendirilerek ona birtakım hukukî sonuçların bağlanması bu bağlamda zikredilebilir.

Anahtar Kelimeler: Aile Hukuku, Sebep, Netice, Sebep-Netice İlişkisi

Interpreting Reason as Result in Islamic Family Law

Abstract: In Islamic law reason-result relationship is taken into account by jurists. The rule of "interpreting reason as result" that we will analyse in this article can be thought a part of reason-result relationship. Because aforesaid principle is very effective in Islamic family law, we focus on this legal area. For this reason, we analyse in this research being of husband and wife in private room (halvet), paternity suit (nesep), divorcement (talak), etc. For example, "halvet" is regarded as intercourse and causes some legal effect althoah ugh some jurists do not accept this.

Keywords: Family Law, Reason, Result, Reason-Result Relationship.

GİRİŞ

Hukukî meseleleri incelerken birçok ilke ve kuralı dikkate alan İslam hukukçuları, sebep ve netice kavramlarını bazı kaide ve metotlar bağlamında ele almışlardır. Önemli bir hüküm çıkarma metodu olan kıyasta hükmün gerekçesini oluşturan illetin tespiti bu bağlamda değerlendirilebilir. Son asırlarda İslam hukuku çalışmalarında ön plana çıkan maslahat ilkesi de hükümlerin amaçlarını, bir nevi neticelelerini göz önünde bulundurmaktadır.

Şâtıbî, bir eylemi değerlendirirken onun intaç edeceği sonuçların da dikkate alınması gerektiğini¹ ve bu konuda dört hususun ön plana çıktığını belirtmiştir.

* İzmir Katip Çelebi Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi İslam Hukuku ABD Öğretim Üyesi, ahmetay81@gmail.com

1 İbrahim b. Mûsâ Şâtıbî, *el-Muvâfakât fî usûli'l-fıkh*, Beyrut: Dâru'l-Marife, 1997, III-IV, 552; İbrahim Kafi Dönmez, *Fıkıh Usulü İncelemeleri*, İstanbul, 2014, s. 409.

Bunlar, istihsan², hiyel³, hilâfa riayet⁴ ve sedd-i zerâidir.⁵ Şâtıbî'nin zikrettiği bu hususlar, günümüzde olası neticelerin dikkate alınması bağlamında "itibâru'l-meâlât" kavramıyla ifade edilmekte ve bazı müstakil çalışmalara konu olmaktadır.⁶

İstihsanda kıyas yoluyla bazı sakıncalı neticelere ulaşılabileceği düşünülerek farklı bir hükme varılması söz konusudur. Hiyelde ise, bazı vasıtalar kullanılarak hukukun onaylamadığı sonuçlara ulaşılmaktadır.

İstihsan ve hiyel örneklerinde ulaşılan sonuçlar dikkate alınmakla birlikte, makalede inceleyeceğimiz sebebin netice hükmünde değerlendirilmesi bağlamında yer verilen örneklere en çok benzeyen konunun sedd-i zerâi olduğu kanaatindeyiz. Nitekim Karâfi, sedd-i zerâi ilkesini incelerken, sebeplerin ulaştıkları neticelerin hükümlerini alacağını belirtmiştir.⁷

Sedd-i zerâi ilkesi bağlamında, şarap imalatçısına üzüm satımının yasaklanmasının gerekçesi onun ilgili üründen şarap imal etme ihtimalinin bulunmasıdır. Burada gelecekte olacağı düşünülen bir kötülük itibara alınarak normalde meşrû olan bir hukukî işlemin yasaklanması yoluna gidilmektedir. Aynı şekilde, Kuran-ı Kerim'de şirk ehlinin ilahlarına kötü söz söylenmesi, onları Allah'a karşı saygısız davranışa sevk etme ihtimali nedeniyle yasaklanmıştır.⁸

Sedd-i zerâi kapsamında yer alan örneklerin birçoğunda muhtemel netice dikkate alınarak ona yol açacak sebebin önlenmesi yoluna gidilmektedir. Bununla birlikte, sedd-i zerâi kapsamında yer verilen meselelerde gelecekte olması muhtemel bir durumu gerçekleşmiş gibi kabul etmekten ziyade, sakıncalı neticeye ulaşılmamasının engellenmesi amaçlanmaktadır. Bu makalede ise, neticeye yol açacak sebebin önlenmesi değil; bazı açılardan sebebin netice gibi değerlendirildiği örnekler üzerinde durulacaktır.

2 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, III-IV, 562.

3 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, III-IV, 558.

4 Şâtıbî, bu ilkeyi, şeran yasak bir şeyin önlenmesi için faille sebebiyet verdiği neticeden daha ağır ve onun zararına yol açacak bir müeyyide uygulanamayacağı şeklinde açıklamıştır. Örneğin, gâsıp yol açtığı zarar kadar tazminle sorumlu tutulur (Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, III-IV, 559).

5 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, III-IV, 556.

6 Örneğin Mehmet Selim Aslan, Şâtıbî'nin değindiği hususları temel alan bir makale yazmıştır. Ancak o, makalemizde yer verdiğimiz sebebin netice gibi hüküm doğurması bağlamında konuyu incelememiştir. Bkz. Mehmet Selim Aslan, İctihad ve Fetva Faaliyetlerinde Olası Sonuçların Dikkate Alınması (İtibâru'l-Meâlât), *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 27, 2016, s. 183-218. Mehmet Selim Aslan, incelediği konuya temas eden bazı eserlere yer vermiştir. Örneğin, Senûsî, Abdürrahman b. Muammer, *İtibâru'l-meâlât ve murââtü netâici't-tasarrufât*, Dâru İbnî'l-Cevzî, Riyad 1424, s. 149; Südeys, Abdurrahman b. Abdülaziz, *Kâidetu'itibâri'l-meâlât*, Ümmü'l-Kurâ, Mekke 1428, s. 15.

7 Şehabeddin Ahmed b. İdrîs Karâfi, *Envâru'l-burûk fi envâi'l-furûk*, Kâhire, 1928, II, 33; Dönmez, *Fıkıh Usulü İncelemeleri*, s. 497.

8 Enam, 6/108.

Makalede inceleyeceğimiz konunun anlaşılması bakımından uygun gördüğümüz şu örneğe yer vereceğiz: Hz. Ömer içki içme suçuna uygulanacak yaptırımla ilgili istişare yaparken, orada bulunan Hz. Ali, şarap içen kişinin hezeyana başlayacağı, bunun neticesinde bir şahsa iftira atabileceği, bu nedenle söz konusu suçun cezasının 80 sopa olarak belirlenmesini uygun görmüştür. Hz. Ömer de bu görüşü dikkate alarak şarap içen şahıslara 80 sopa vurulmasını tercih etmiştir.⁹

Yukarıdaki örnek değerlendirildiğinde, şarap içen her şahsın kazf suçunu icra edeceği söylenemez. Ancak sarhoşluk, kazf suçuna sebep olabilecek bir durum olarak düşünülmüştür. Sonuç olarak, sebebin (şarap içme) varlığında neticenin (kazf suçu) gerçekleşmiş kabul edildiği, böylece içki içen suç failine kazf suçunun yaptırımını olan 80 sopa cezasının takdir edildiği söylenebilir.

“Sebebin netice gibi hüküm doğurması” ilkesinin nispeten az sayıda bazı meselelerde itibara alındığı öncelikle belirtilmelidir. Ayrıca makalede yer verdiğimiz birtakım konularda aynı hükme ulaşmakla birlikte, analiz ettiğimiz ilkeye hiç değinmeyen mezheplerin bulunduğu görülmektedir. Zikredilen ilke, tespit edebildiğimiz kadarıyla, açıkça ilk olarak Kâsânî'nin eserinde “ikâmetü's-sebeb mekâme'l-müsebbeb” terkihiyle yer almaktadır.¹⁰

Makalemizde konunun aile hukuku bağlamında incelenecek olma nedeni, ilgili örneklerin daha ziyade bu alanda etkili olduğuna dair tespitimizdir. Bununla birlikte aynı bakış açısıyla çözümlenmiş hükümlerin fikhın diğer alanlarında da mevcut olduğu belirtilmelidir. Nitekim makalenin son kısmında ilgili örneklere yer verilecektir.

Bu araştırmamızda farklı görüşler bulunmakla birlikte halvetin cinsel birleşme kabul edilmesi, cinsel ilişkiye yol açan eylemlerin hürmet-i musâhere oluşturması, kızla yapılan nikah akdinin kaynana ile damat arasında sıhriyet haramlığı oluşturması, gerçekleşmesi mümkün şartlara bağlanan talakın söylendiği anda hüküm doğurması, ölüm hastalığında gerçekleşen talaktan sonra kadının mirasçı olması, nesebin sübûtu için evli çiftlerin beraber olmalarına engel durumun bulunmaması şartının Hanefîler tarafından itibara alınmaması konuları incelenecektir.

9 Ebû Abdullah Mâlik b. Enes, *el-Muvatta*, Beyrut: Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, 1997; Eşribe, 1.

10 Ebû Bekr b. Mesûd b. Ahmed Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi' fi tertîbi's-şerâi'*, Beyrut: Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, 1982, V, 43. Bu terkihin biraz farklı şekillerde mezkur müellifin eserinin değişik yerlerinde bulunduğu görülmektedir (Kâsânî, *Bedâi'*, I, 29, 30, 37, 110).

1. HALVETİN BAZI AÇILARDAN CİNSEL İLİŞKİ GİBİ NETİCE DOĞURMASI

İslam aile hukukunda sebebin netice gibi hüküm doğurduğu konulardan biri halvetdir. Çeker, halveti “*sahih bir nikahtan sonra karı kocanın, üçüncü bir kişinin izinsiz muttali olamayacağından emin buldukları bir yerde cinsi birleşme olmaksızın baş başa kalmalarını ifade eder*” şeklinde tanımlamıştır.¹¹ Kahveci tarafından ise halvet şu şekilde tarif edilmiştir: “*Sahih bir nikah akdiyle evlenen eşlerin kimse- nin göremeyeceği, ansızın çıkıp gelemeyeceği, fitraten veya dinen cinsel ilişkiye engel olacak bir durumun bulunmadığı bir ortamda baş başa kalmalarına İslam hukuk literatüründe halvet-i sahiha denir*”.¹²

Makalede incelediğimiz kural açısından halvetin önemi, cinsel ilişki gibi değerlendirilip mehir ve iddet gibi meselelerde ona bazı hukukî neticeler bağlanmasıdır.¹³ Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, ilgili konuda İslam hukukçuları görüş birliği içinde değildir. Örneğin, Şâfiî mezhebinde halvet; iddet, mehir veya diğer açılardan cinsel ilişki gibi değerlendirilmemiştir.¹⁴

Kuran-ı Kerim’de nikah akdinden sonra kadınla cinsel ilişkiye girmeksizin (min kabli en temessûhunne) kocanın onu boşaması halinde, kadına konuşulmuş olan mehrin yarısının verilmesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁵ Hanefî¹⁶ ve Hanbelîler¹⁷, “temessûhunne (cinsel ilişki)” ifadesiyle halvetin kastedildiğini ve mecaz yoluyla sebebin yerine neticenin zikredildiğini ileri sürmüşlerdir. Ayrıca Hanefî hukukçu-

11 Orhan Çeker, “Halvet”, *DİA*, XV, 384.

12 Nuri Kahveci, *İslam Aile Hukuku*, İstanbul: Hikmet Yayınlar, 2014, s. 163.

13 Fıkıh eserlerinde, halvetin cinsel ilişki olarak kabul edilmediği hükümlere de yer verilmiştir. Örneğin, taraflar halvetle muhsan (zina suçunda recm cezasının tatbiki için failin muhsan olması şarttır. Sahih nikah akdi içinde zifafa giren şahıs muhsan kabul edilirken, mücerret halvetle ilgili koşul gerçekleşmez) vasfını kazanamaz. Kadınla girilen halvetten sonra onun kızlarıyla erkek arasında hürmet-i musâhere oluşmaz. Halvet, talaktan sonra kadına dönüş anlamına gelmez. Kişiler arasında miras ilişkisi doğmaz. Kadın, halvetle önceki kocasıyla evlenmeye hak kazanamaz (Muhammed b. Ahmed b. Sadr İbn Mâze, *el-Muhîti’l-burhânî*, Beyrut: Dâru İhyâi’t-Türâsi’l-Arabî, t.y., III, 241; Fahreddin Osman b. Ali b. Mihcen Zeylâi, *Tebyînu’l-hakâik şerhu Kenzi’d-dekâik*, Bulak: Matbaatü’l-Kübra’l-Emiriyye, 1314, II, 144; Kemâleddin Muhammed b. Abdülvâhid b. Abdülhamid İbnü’l-Hümâm, *Şerhu Fethi’l-kadir*, Kahire: Matbaatu Mustafâ el-Bâbi el-Halebi, 1970, III, 333).

14 Ebü’l-Hasan Ali b. Muhammed Mâverdi, *el-Hâvi’l-kebir fi fihri’s-Şâfiî*, Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, 1994, XI, 241; Zekerîyyâ b. Muhammed b. Ahmed Ensârî, *Esne’l-metâlib Şerhu Ravzi’t-tâlib*, Beyrut, 2000, III, 204; Şemseddin Hatib Muhammed b. Ahmed Şirbîni, *Muğni’l-muhtâc ilâ ma’rifeti meâni’l-elfâzi’l-Minhâc*, Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, t.y., III, 225.

15 Bakara, 2/237.

16 Zeylâi, *Tebyînu’l-hakâik*, II, 142; İbnü’l-Hümâm, *Şerhu Fethi’l-Kadir*, III, 334; Zeynuddin el-Mısri İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râik şerhu Kenzi’d-dekâik*, Kâhire, 1311, III, 162.

17 Hanbelî eserlerde bu hususun “كنى بالمسبب عن السبب الذي هو الخلو” cümlesiyle ifade edildiği görülmektedir. Bkz. Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed İbn Kudâme, *el-Muğni*, Beyrut: Dâru İhyâi’t-Türâsi’l-Arabî, t.y., VII, 191-192; Şeyh Mansûr b. Yûnus b. Selâhiddin Buhûti, *Keşşâfü’l-Kimâ’ an metni’l-İknâ’*, Beyrut: Dâru’l-Fikr, 1982, V, 151; Mustafa es-Suyûtî Ruhaybânî, *Metâlibü üli’n-nühâ fi şerhi Gâyeti’l-müntehâ*, Dımaşk, 1961, V, 206.

lar, halveti gerçekte cinsel ilişki olmadığı halde bu şekilde değerlendirerek ona bazı hukukî sonuçlar bağlarken, ihtiyatlı konularda tedbirli hareket edilmesi gerektiğine yer vermişler, bu nedenle kadının iddet beklemesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.¹⁸

Cinsel ilişki gerçekleşmediği halde halvetin bazı açılardan cinsel ilişki hükmünde değerlendirilmesinde mezheplerin farklı yaklaşımları bulunmaktadır.

Hanefî mezhebinde kadında hayız ve nifas halinin, ihram veya farz orucu tutma gibi cinsel ilişkiye engel bir durumun ve eşlerin yanında üçüncü kişinin bulunmaması gerekir.¹⁹ Diğer taraftan Ebû Hanîfe'ye göre, iktidarsız (innîn), hadım edilmiş (hasî) veya cinsel organı kesilmiş (mecebûb) kişinin halveti sahihtir. İmâmeyn ise, mecebûb konusunda farklı görüş belirtmişlerdir.²⁰

Mâlikî mezhebinde, cinsel organı kesik olmayan ergen bir şahıs, eşiyle cinsel ilişkinin gerçekleşeceği bir halvetten sonra onu boşadığında kadının iddet beklemesi gerekir. Burada halvet, cinsel ilişki hükmünde değerlendirilmiştir (تزيلا) (للخلوة منزلة الدخول بها).²¹ Diğer taraftan cinsel ilişkinin mümkün olmadığı bir halvetten sonra kadının iddet beklemesinin gerekmediği belirtilmiştir.²² Bazı eserlerde, bu, cinsel ilişkinin mümkün olmadığı kısa zaman dilimi olarak açıklanmıştır.²³ Diğer taraftan erkeğin birleşmeyi gerçekleştiremeyecek hastalığının bulunması, kadının hayız, nifas halinde veya oruçlu olması dahi, halvetten sonra iddetin gerekliliğine engel teşkil etmemektedir.²⁴ Cinsel ilişki kurabilecek dahi olsa ergen olmayan şahsın ve cinsel organı kesik olan kişinin halvetinden sonra ise iddet gerekli görülmemiştir.²⁵

Mâlikî hukukçular, halveti mehir ve iddete etkisi bakımından değerlendirirken, erkek ve kadının beyanlarını da dikkate almışlardır. Buna göre, erkek ve kadın birleşme olmadığını söylediklerinde, konuşulan mehrin yarısı gerekir. Şayet cinsel birleşme gerçekleştirdiklerini belirtirlerse, kadın tam mehri hak eder.²⁶

18 Ebû Bekr Alâeddin Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed Semerkandî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, Beyrut: Darü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1984, II, 244; Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, III, 191; Merğînânî, el-Hidâye , I, 206; İbnü'l-Hümâm, *Şerhu Fethi'l-Kadîr*, III, 334; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, III, 164.

19 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, II, 292; Zeylâi, *Tebîyü'l-hakâik*, II, 142; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, III, 162.

20 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, II, 292. Bu konuda ayrıca bkz. Çeker, "Halvet", XV, 384.

21 Bu ifade, şu eserlerde yer almıştır: Ebû Abdullah Muhammed b. Abdullah el-Mâlikî Haraşî, *Şerh alâ muhtasari Halil*, Beyrut, t.y., IV, 136; Ebû Abdullah Şemsüddin Muhammed b. Ahmed Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî alâ Şerhi'l-kebir*, Beyrut: Dâru'l-Fikr, t.y., II, 468.

22 Haraşî, *Şerh*, IV, 136; Muhammed b. Ahmed b. Muhammed İliş, *Minehu'l-celil alâ muhtasari Halil*, Beyrut, 1989, IV, 296.

23 Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, II, 468; İliş, *Minehu'l-celil*, IV, 296.

24 Ebu'l-Berekât Ahmed b. Muhammed Adevi Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebir alâ Muhtasari Halil*, by.y, bt.y, II, 468; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, II, 468; İliş, *Minehu'l-celil*, IV, 296.

25 Haraşî, *Şerh*, IV, 136; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebir*, II, 468.

26 Şehabeddin Ahmed b. İdris b. Abdurrahim Karâfi, *ez-Zehira*, Beyrut, 1994, IV, 375.

Kadın cinsel birleşmenin gerçekleşmediğini söylese, tam mehir alamaz.²⁷ Ancak her iki durumda da Allah hakkı olduğu için kadının iddet beklemesinin gerektiği belirtilmiştir.²⁸

Hanbeli hukukçular, halvetin iddet ve tam mehir gerektirdiğini kabul etmekle birlikte, halvete giren erkek ve kızın en az 10 yaşında olmasını şart koşmuşlardır. Öte yandan Hanbeli hukukçular, diğer hukuk ekollerinin halvete engel olarak gördüğü birçok hususu halvetin gerçekleşmesine mani olarak değerlendirmemişlerdir. Örneğin, erkeğin organının kesik olması, eşlerin ihramda oluşu, kadının hayız ve nifas durumu, hatta tarafların Ramazan ayında oruç tutuyor olmaları dahi tam mehrin verilmesine engel görülmemiştir.²⁹

Mezheplerin halveti cinsel birleşme olarak kabul etme hususundaki görüşleri incelendiğinde, bir uçta Şâfiîler'in diğerinde ise Hanbelîler'in bulunduğu söylenebilir. Şâfiî hukukçular, halveti hüküm açısından kesinlikle cinsel birleşme olarak değerlendirmemektedir. Bu hususta onların bizzat cinsel birleşmenin gerçekleşmesini itibara aldıkları anlaşılmaktadır. İlgili konuda Mâlikîler'in onlara yakın konumda bulunduğu söylenebilir. Zira onlar, erkek ve kadının halvette cinsel ilişkinin gerçekleşmediğini söylemeleri halinde tam mehri gerekli görmemektedir. Ayrıca Mâlikîler, cinsel ilişkinin gerçekleşmeyeceği kısa süreli bir halvetten ve çocuk veya organı kesik kişilerin halvetinden sonra iddetin gerekmeceğini belirtmişlerdir. Onların cinsel ilişkinin bizzat gerçekleşmesini dikkate aldıkları ileri sürülebilir. Diğer taraftan, kadın hayız veya nifas halinde olsa dahi halvetten sonra iddeti gerekli bulmaları onların da halveti, bazı açılardan cinsel birleşme olarak değerlendirdiklerini göstermektedir.

Yaptığımız araştırmalarda, sebebin netice hükmünde değerlendirilmesi hususunda daha ziyade örneklerin Hanefî mezhebinde bulunduğunu söyleyebiliriz. Nitekim ilgili kuralın kavramlaştırılması ve bu kavramın yaygın kullanımı Hanefî eserlerde ön plandadır. Bununla birlikte Hanefîler'in halvetin cinsel ilişki gibi hüküm doğurması bağlamında birtakım şartlar ileri sürdükleri görülmektedir. Örneğin erkeğin organının kesik olması, tarafların ihramda oluşu, kadının hayız ve nifas hali, halvetin Ramazan ayında oruç tutarken gerçekleşmesi, halvetin cinsel ilişki gibi hüküm doğurmasına engel kabul edilmiştir. Diğer taraftan sayılan hususlar Hanbelî mezhebinde tam mehrin verilmesine engel görülmemektedir. Bu bağlamda, Hanbelîler'in halveti cinsel ilişki olarak değerlendirmede Hanefîler'e göre daha esnek davrandığı söylenebilir.

27 Haraşî, *Şerh*, VI, 137; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebir*, II, 468; Desûkî, *Hâşiye*, t.y., II, 468.

28 Karâfî, *ez-Zehira*, IV, 375; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebir*, II, 468; Desûkî, *Hâşiye*, II, 468.

29 İbn Kudâme, *el-Muğni*, VII, 192; Buhûtî, *Keşşâfü'l-Kıma'*, V, 152; Ruhaybânî, *Metâlibü üli'n-nühâ*, V, 206.

2. CİNSEL İLİŞKİYE YOL AÇAN EYLEMLERİN HÜRMET-İ MUSÂHERE OLUŞTURMASI

Fıkıh doktrininde, cinsel birleşmenin hürmet-i musâhere doğuracağı hususunda İslam hukukçularının ittifakı bulunmaktadır. Bununla birlikte, öpme, dokunma gibi cinsel eylemlerin aynı hükmü doğurması hususunda farklı görüşlere yer verilmiştir.

Hanefî mezhebinde, cinsel ilişki yanında bazı eylemlerin evlilik mahremiyetine yol açacağı hususunda Hz. Peygamber'in (as) "bir kadının cinsel organına şehvetle bakan kişiye ilgili kadının annesi ve kızıyla evlenmesinin helal olmayacağı"³⁰ ve herhangi bir kadının cinsel organına bakan kişinin lanetlendiğine dair³¹ hadisleri itibara alınmıştır.³²

Hanefî hukukçular, cinsel organ dışındaki uzuvlara şehvetle³³ bakılsa dahi bunun sıhriyet haramlığı oluşturmayacağını belirtmişlerdir. Diğer organlara şehvetle dokunulmaması halinde aynı hüküm söz konusudur. Ancak beden cinsel organ dışındaki bölgelerine şehvetle dokunulduğunda ise hürmet-i musâhere gerçekleşmektedir.³⁴ Bu bağlamda Hanefîler, şehvetle öpme ve dokunmanın cinsel ilişkiye yol açan ve bu eylemin adeta hazırlayıcısı mahiyetinde fiiller olduğunu; mahremiyet hususunda ihtiyatlı davranmak gerektiğinden cinsel ilişkiye götüren davranışların (sebeb) cinsel ilişki gibi (müsebbeb) kabul edileceğini ileri sürmüşlerdir.³⁵

Hanefî hukukçuların şehvetle dokunma ve öpme gibi davranışların mahremiyet ilişkisine yol açacağı hususundaki ifadelerinde sebep-müsebbeb ilişkisine açık bir şekilde temas edildiği görülmektedir. Özellikle ilgili konuda bazı ayrıntılara yer verilen mezhep metinlerinde sebep-sonuç ilişkisinin daha belirgin şekilde ortaya konduğu söylenebilir. Örneğin, cinsel ilişkiye yol açmayacağı için ölüyle veya kadınla arka yoldan cinsel ilişkinin hürmet-i musâhere doğurmayacağına dair görüş bu bağlamda zikredilebilir.³⁶

30 Ebû Bekr Abdullah b. Muhammed b. İbrâhîm İbn Ebi Şeybe, *el-Kitâbü'l-Musannef fi'l-ehâdis ve'l-âsâr*, Muhammed Avvâme (thk.), Dâru's-Selefiyye, (trs.), IV, 165.

31 Ebû Bekr Abdürrazzâk b. Hemmâm es-Sanânî, *el-Musannef*, Habîburrahmân Azamî (thk.), Beyrût, 1403, VII, 94.

32 Ebû Bekr Şemsü'l-Eimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl Serahsî, *el-Mebsût*, Kâhîre: Matbaatü's-Saâde, 1324-1331, IV, 208; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, II, 261.

33 Şehvetin ölçüsü hususunda, Serahsî, erkeğin organının ereksiyon haline geçmesinin şart olduğunu, sadece zevk hissini yeterli olmadığını ileri sürmüştür (Serahsî, *el-Mebsût*, IV, 208). Kâsânî ise, erkeğin zevk hissini yeterli (أن يشتهي بقلبه) olduğunu ve bunun ikrarla bilineceğini belirtir. Ereksiyon halinin hürmet-i müsâhere için koşul olması hususunda hukukçuların farklı görüşler belirttiğini dile getiren Kâsânî, bunun şart koşulmamasını daha doğru bulmuştur (Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, II, 260).

34 Serahsî, *el-Mebsût*, IV, 208; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, II, 260.

35 Serahsî, *el-Mebsût*, IV, 207; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, II, 261.

36 Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 76. Mâlikî hukukçusu İbn Kâsım (ö.132) ise, ölüyle cinsel ilişki veya onu öpmenin aynı

İmam Muhammed'in Ziyâdât adlı eserinde, kadınla arka yoldan birleşmenin erkekle kadının yakınları arasında evlilik engeli oluşturmayacağını belirttiği ileri sürülmüştür.³⁷ Diğer taraftan Kâdihân (ö.592) gibi bazı Hanefî fakihler, bu eylemin hürmet-i musâhere oluşturacağını savunurken; gerekçe olarak ilgili eylemde kadına şehvetle dokunulmuş olacağını, bunun da sihrî hısımlık neticesi doğuracağını ileri sürmüşlerdir. Hanefî mezhebinde benimsenen ise birinci görüştür. Bu görüş şu şekilde gerekçelendirilmiştir: Kadına şehvetle dokunma kadınla önden birleşme neticesine götürmektedir. Cinsel birleşme ise hürmet-i musâhere nedenidir. Öte yandan kadınla arka yoldan birleşmeden sonra önden ilişki gerçekleşmez. Zira eylemin orada biteceği tasavvur edilmektedir. Yani ters ilişki önden birleşme neticesi doğurmayacağından farklı değerlendirilmiştir.³⁸

Hanefî mezhebinde konuyla ilgili farklı bir husus sebep-netice ilişkisi bağlamında şu şekilde aktarılmaktadır. Bir kadına şehvetle dokunan veya şehvetle cinsel organına bakan erkekten meni çıktığında hürmet-i musâhere gerçekleşmez. Zira dokunma ve bakmanın sihrîyet haramlığı oluşturabilmesi için ilgili eylemlerin cinsel birleşmeyle neticelenmesi gerekmektedir.³⁹ Bu bağlamda İbnü'l-Hümâm, dokunma ve bakma eylemlerinin hürmet-i musâhere doğurabilmesi için erkekten meninin çıkmamasının şart olduğunu açıkça belirtmiştir (شرط الحرمة بالنظر أو المس أن لا ينزل). Diğer taraftan bu tür eylemlerden sonra meni çıksa dahi Kâdihân (ö.592) ve bazı fakihlere göre hürmet-i musâhere gerçekleşir. Bu hukukçular, dokunma eylemiyle evlilik engeli oluştuğunu, meninin bu hükmü değiştiremeyeceğini ileri sürmüşlerdir.⁴⁰

Hanefî mezhebinde sihrîyet haramlığı konusunda genelde kabul edilen görüşlerin önemli derecede farklı bir mahiyet arz ettiği söylenebilir. Zira kadının cinsel organının içine şehvetle bakma eylemi hürmet-i musâhere doğururken, aynı mezhepte kadınla arka yoldan birleşme veya ona dokunduktan sonra meninin çıkması ise aynı hükme yol açmamaktadır. Hanefî doktrininde kabul edilen ve makalemizin konusunu oluşturan "sebebin netice gibi hüküm doğurması" şeklinde nitelendirdiğimiz ilke tam olarak anlaşılmadan bu hükümlerin kavranamayacağı kanaatindeyiz. Burada hukukçuların sebep-netice arasında güçlü bir ilişki kurdukları görülmektedir.

şekilde hürmet-i musâhere doğuracağını ileri sürmüştür (İbnül-Hâc, *et-Tâc vel-İklîl*, V, 109; Adevî, *Hâşiye*, II, 98; İliş, *Minehu'l-celil*, III, 328).

37 İbn Mâze, *el-Muhîtü'l-burhânî*, III, 170.

38 İbn Mâze, *el-Muhîtü'l-burhânî*, III, 170; İbnü'l-Hümâm, *Şerhu Fethi'l-Kadîr*, III, 224.

39 İbn Mâze, *el-Muhîtü'l-burhânî*, III, 170; Zeylâi, *Tebyînu'l-hakâik*, II, 107; İbnü'l-Hümâm, *Şerhu Fethi'l-Kadîr*, III, 224; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, III, 108.

40 İbnü'l-Hümâm, *Şerhu Fethi'l-Kadîr*, III, 224.

Kişiler arasında evlilik engeli doğuran husus, kan veya kayın hısımlığıdır. Bunun gerçekleşmesinde itibara alınan husus, cinsel birleşmedir. Bu konuda ittifak vardır. Bu durumda, bakma veya dokunma gibi eylemlerin aynı neticeyi doğurması nasıl açıklanmalıdır? Aslında bu tür eylemler, bizzat birleşme hükmünde değildir. Gerçekte birleşmeye yol açma potansiyeli taşıdıklarından onun hükmünü almaktadır. Nitekim bakma, dokunma gibi eylemler cinsel birleşmeye götürebilir. Ancak ilgili eylemlerin cinsel ilişkiye yol açacak niteliği bulunmuyorsa, sıhriyet haramlığı doğurmayacağı, genelde kabul edilmiştir. Nitekim, dokunmadan sonra erkekten meni geldiğinde eylem orada bitmektedir. Zira boşalmadan sonra erkek cinsel ilişkiye devam edemeyecektir. Aynı şekilde, kadınla arka yoldan cinsel ilişkiye girildiğinde, önden cinsel ilişkiye girme söz konusu değildir. Burada dikkate alınan gerçekte önden birleşmedir.

Hanefî hukukçuların önden birleşmeyi hürmet-i musâhere konusunda itibara almalarının gerekçesi, bu eylemin gerçekte bir çocuğun dünyaya gelmesinin sebebi olmasıdır. Nitekim ölüyle ve ters ilişkinin hürmet-i musâhere doğurmayacağı hususunda gerekçe olarak bu eylemlerin bir çocuğun doğumunu gerçekleştirmeyeceği vurgulanmıştır.⁴¹ Sonuç olarak sıhriyet bağı hususunda cinsel ilişkinin bizzat kendisi değil; onun sebep olduğu çocuğun dünyaya gelmesi belirleyici kabul edilmiştir (ثبوت حرمة المصاهرة بالوطء ليس لعينه بل لأنه حرث للولد).⁴² Bu yaklaşım, sebebin varlığında neticenin gerçekleştiğine dair ilkenin etkisini açık şekilde ortaya koymaktadır. Zira zincirleme sebebiyet ilişkisinde en son gerçekleşecek neticeye (çocuğun doğumu) götüren ilk sebebin (bakma veya dokunma) itibara alındığı görülmektedir.⁴³

Mâlikî mezhebinde, şehvetle bir organa dokunma veya bedenin belli bölgelelerine şehvetle bakma hürmet-i musâhere nedenidir.⁴⁴ Vücudun hangi kısımlarına şehvetle bakmanın ilgili hükmü doğuracağı hususunda farklı görüşlere yer verilmiştir. Mâlikî hukukçusu İbn Beşîr, yüze bakmanın farklı olduğu, bunun dışındaki organlara şehvetle bakmanın sıhriyet haramlığı doğuracağı hususunda ittifak bulunduğunu belirtse de,⁴⁵ bazı eserlerde, yüz ve eller dışındaki organlara şehvetle

41 Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 76; Merğînânî, *el-Hidâye*, I, 225; Zeylâî, *Tebyînu'l-hakâik*, II, 107.

42 Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 76; Merğînânî, *el-Hidâye*, I, 225; Zeylâî, *Tebyînu'l-hakâik*, II, 107.

43 Bu konunun parça-bütün ilişkisi bağlamında değerlendirilmesi için bkz. Ahmet Aydın, Serahsî'nin Mebsût Adli Eserinin Nikah ve Talak Bölümlerinde Bölünme Kavramı ve "Parça-Bütün" ilişkisi, *Ekev Akademi Dergisi*, sayı 65 (2016 Kış), s. 65-67.

44 Ebul Velid Muhammed b. Ahmed İbn Rüşd, *Bidâyetül-müctehid ve nihâyetül-muktesid*, Beyrut, 1402, II, 33; Muhammed b. Yusuf Abderî İbnül-Hâc, *et-Tâc vel-iklîl li-MuhtasariHalîl*, Beyrut: Dâru'l-Kütübül-İlmiyye, t.y., V, 109; Muhammed b. Abdurrahman Ruaynî Hattâb, *Mevâhibul-celîl li-şerhi Muhtasari Halîl*, Riyâd, 2003, V, 109; İliş, *Minehu'l-celîl*, III, 329.

45 İbnül-Hâc, *et-Tâc vel-iklîl*, V, 109; İliş, *Minehu'l-celîl*, III, 329.

bakmanın sıhriyet haramlığına sebep olacağı vurgulanmıştır.⁴⁶ İbn Rüşd, İmam Mâlik'in herhangi bir organa şehvetle bakmanın dokunma gibi hürmet-i müsâhere nedeni olduğu görüşü yanında, onun ilgili konuda zıt bir görüşünün de bulunduğunu belirtmiştir.⁴⁷

Bu farklı nakiller birlikte değerlendirildiğinde, genelde el, yüz gibi dış dünyaya gösterilen organlara şehvetle bakmanın ilgili kadının akrabalarıyla bakan erkek arasında evlilik engeli oluşturmadığı anlaşılmaktadır. İbnü'l-Hâc'ın meşhur görüşe göre bedenın iç kısmına şehvetle bakmanın (النظر إلى باطن الجسد بشهوة على المشهور) hürmet-i müsâhere nedeni olduğunu belirtmesi, bu hususu teyit etmektedir.⁴⁸ Karâfi'nin (ö.684), yüze bakma eyleminin hürmet-i müsâhere doğurmayacağı hususunda ittifak; bunun dışındaki organlar hususunda ihtilafın bulunduğunu açıklaması da bu yaklaşımla paralellik arz etmektedir.⁴⁹

Mâlikî mezhebindeki farklı görüşler itibara alındığında Hanefiler'e kıyasla hürmet-i müsâhere doğuran eylemlerin kapsamının daha geniş olduğu ileri sürülebilir. Bununla birlikte, Mâlikî eserlerde ilgili meselenin "sebebin netice gibi hüküm doğurması" kuralı ekseninde değerlendirilmediği tespit edilmiştir.

Şafîî mezhebinde, bakmayla hürmet-i müsâherenin gerçekleşmeyeceği kabul edilmiştir.⁵⁰ Şehvetle dokunma veya öpme fiillerinin cinsel birleşme kabul edilemeyeceği şeklindeki yaklaşımın mezhepte en doğru görüş olmakla birlikte, bu eylemi cinsel ilişki gibi değerlendirenlerin sıhriyet bağının oluşacağı kanaatine sahip oldukları ileri sürülmüştür.⁵¹ Mâverdî, İmam Şafîî'nin üvey kızla baba arasında sıhriyet ilişkisi oluşturan cinsel ilişkinin mahiyeti hakkında iki görüşe sahip olduğunu belirtmiştir. Buna göre, üvey kızın babayla evliliğinin haram olması için üvey babanın anneye birleşmesi şarttır. Diğer görüşe göre şehvetle dokunma veya öpme fiilleri de aynı neticeyi doğurmaktadır.⁵²

Hanbelî mezhebinde, farklı nakillere de yer verilmekle birlikte mezhepte kabul edilen görüş, cinsel birleşme dışındaki eylemlerle sıhriyete dayalı evlilik engeli oluşmayacağı yönündedir.⁵³

46 Ali b. Ahmed b. Mükerremillâh es-Sâidi Adevî, *Hâşiyetül-Adevî alâ Kifâyetit-tâlibir-rabbânî*, Beyrut, 1412, II, 98; İliş, *Minehu'l-celil*, III, 329.

47 İbn Rüşd, *Bidâyetül-müctehid*, II, 33.

48 İbnü'l-Hâc, *et-Tâc vel-iklîl*, V, 109.

49 Karâfi, *ez-Zehira*, IV, 262.

50 Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebir*, IX, 208.

51 Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, III, 178; Şemseddin Muhammed b. Ahmed b. Hamza el-Ensârî Remli, *Nihâyetül-muhtâc ilâ şerhil-Minhâc*, Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1984, VI, 275.

52 Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebir*, IX, 208.

53 İbn Kudâme, *el-Muğni*, VII, 92-93; Ebül-Hasan Alâeddîn Ali b. Süleymân b. Ahmed Merdâvî, *el-İnsâf fi marifetir-râcih minel-hilâf alâ mezhebil-imâmîl-mübeccel Ahmed b. Hanbel*, Beyrut: Dâru İhyâit-Türâsil-

3. KIZLA YAPILAN MÜCERRET NİKAH AKDİNİN ANNEYİ HARAM KILMASI

Bir kadınla yapılan nikah akdinden sonra, cumhura göre, birleşme olmasa dahi evlenen kadının annesiyle kocası arasında sıhriyet haramlığı oluşur. Diğer taraftan anneye yapılan mücerret nikah akdi, cinsel ilişki gerçekleşmediğinde onun kızını kocasına haram kılmamaktadır.⁵⁴ Kâsânî, kızla kıyılan nikahtan sonra birleşme olmasa dahi, kocayla kaynana arasında hürmet-i müsâhere oluştuğunu belirtirken; nikah akdinin birleşmeye sebep olması nedeniyle ihtiyâten sebebin (nikah akdi) müsebbeb (birleşme) konumunda değerlendirildiğini ileri sürmüştür. Burada ilgili ayet⁵⁵ delil alınmaktadır.⁵⁶ Bu ayette, kendileriyle zifafa girilmeyen eşlerin kızlarıyla evlenmede bir sakınca bulunmadığı; birleşmenin gerçekleşmesi halinde ise onların üvey kız kabul edilerek erkeğe haram olacağı belirtilmektedir.

Yukarıdaki ayeti değerlendiren bazı fakihler, kaynanayla sıhriyet haramlığı oluşması için onun kızıyla cinsel ilişkinin gerçekleşmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Onların dayandıkları gerekçe, ayette zikredilen “zifaf gerçekleştirdiğiniz” ibaresinin, öncesinde yer alan “eşlerinizin kızları” ve “eşlerinizin anneleri”⁵⁷ terkiplerinin her ikisine birden sıfat olmasıdır. Cumhur ise, “zifaf gerçekleştirdiğiniz” şeklindeki ifadenin sadece ona en yakın olan “eşlerinizin kızları” ibaresine sıfat olduğu kanaatindedir.⁵⁸

İlgili hükümde sebebin müsebbeb konumunda kabul edileceği hususuna, tespit edebildiğimiz kadarıyla sadece Hanefî eserlerde yer verilmiştir. Diğer mezheplerde konunun daha farklı yaklaşımlarla incelendiği söylenebilir. Örneğin, bazı Mâlikî eserlerde⁵⁹ annenin kızına karşı sevgisinin kızın anneye olan sevgisinden daha ziyade olduğu, annenin eşe karşı ilgi ve meylinin azlığı sebebiyle, anneye kıyılan

Arabî, 1986, VIII, 116; Buhûtî, *Keşşâfu'l-kınâ'*, V, 72.

54 Serahsî, *el-Mebsût*, V, 55; Semerkandî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, II, 122; Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, II, 258; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, III, 100; Muhammed Emin b. Ömer İbn Âbidin, *Reddül-Muhtâr*, Kahire, 1966, III, 220; İbn Rüşd, *Bidâyetül-müctehid*, II, 33; Hattâb, *Mevâhibul-celîl*, V, 89; İliş, *Minehu'l-celîl*, IV, 380; Ensârî, *Esne'l-metâlib*, III, 150; Şirbinî, *Mugni'l-muhtâc*, III, 177; İbn Kudâme, *el-Mugni'*, VII, 84; Merdâvî, *İnsâf*, VIII, 114; Şeyh Mansûr b. Yûnus b. Selâhiddîn Buhûtî, *Şerhu Müntehe'l-irâdât*, Beyrut, 1996, II, 689; Ruhaybânî, *Metâlibü üli'n-nühâ*, V, 168.

55 Nisâ, 4/23.

56 Semerkandî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, II, 123; Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, II, 258.

57 Nisâ suresinde Arapça ibaresi “وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِمَّنْ نَسَأْتُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ” şeklinde yer alan 23. ayette “zifaf gerçekleştirdiğiniz (dehaltum bi-hinne)” ifadesinden hemen önce “eşlerinizin kızları (rabâibukumullâti fi hücurikum min nisâikum)” zikredilmiştir. Ondan önce ise “eşlerinizin anneleri (ümmühâtu nisâikum)” yer almaktadır.

58 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, II, 258; İbn Rüşd, *Bidâyetül-müctehid*, II, 34.

59 Bu konuda sahabe arasında görüş ayrılığı bulunduğuna değinen bazı Hanefî eserlerde; İmam Mâlik, Dâvûd İsfahânî, Muhammed b. Şucâ el-Belhî, Bişr el-Merisi'nin kızla birleşme olmaksızın yapılan mücerret nikah akdinin annesini haram kılmayacağı görüşünün savdukları belirtilmiştir (Semerkandî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, II, 122; Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, II, 258).

nikahtan sonra erkeğin evlilikten vazgeçip kızıyla evlenmesi halinde, bu durumun annenin kızına karşı nefret duymasına sebep olmayacağı, bu nedenle sıhriyet ilişkisinin gerçekleşmesi için anneyle birleşmenin şart koşulduğu ileri sürülmüştür. Diğer taraftan kızın annesine karşı sevgisinin azlığı ve eşe karşı ilgisinin fazlalığı sebebiyle kendisiyle yapılan bir akitten sonra erkeğin bundan vazgeçerek annesiyle evlenmesi halinde, çocuğun validesine karşı nefret duyabileceği, bu nedenle anneye yönelik hürmetsizliğin oluşmaması için kızla yapılan mücerret akdin erkekle onun annesi arasında sıhriyet haramlığı doğurduğu belirtilmiştir.⁶⁰ Bu gerekçenin sınırlı sayıda bazı metinlerde yer aldığı, konuyu ele alan birçok Mâlikî eserde, ilgili gerekçeye rastlanmadığı belirtilmelidir.⁶¹

Şâfiî hukukçular, mücerret nikahın hürmet-i musâhere oluşturması hususunda kız ve annenin konumunun farklı değerlendirilmesi bağlamında, genelde erkeğin nikah akdinden sonra bazı meseleleri görüşmek için kızın annesiyle konuşmak durumunda kalacağı, kızla yapılan akdin annesiyle erkek arasında sıhriyet haramlığı doğurmasının bu açıdan erkeğe kolaylık sağladığını belirtmişlerdir.⁶²

Sıhriyet haramlığı hususunda diğer mezheplerle aynı görüşü paylaşan Hanbelî eserlerde, tespit edebildiğimiz kadarıyla, hükmün gerekçelendirilmesi hususunda yukarıda zikredilen ayet dışında bir açıklamaya yer verilmemiştir.⁶³

4. GERÇEKLEŞMESİ MÜMKÜN ŞARTA BAĞLI TALAKIN SÖYLENDİĞİ ANDA HÜKÜM DOĞURMASI

İslam hukukçuları, talakın bir olayın veya bir fiilin gerçekleşmesine bağlanmasını ilke olarak kabul etmişler ve şarta bağlı boşamaları doktrinde incelemişlerdir. Genelde, fıkıh eserlerinde *ileri sürülen şart gerçekleştikten sonra* talak geçerli kabul edilmektedir. Diğer taraftan Mâlikîler bu konuda farklı bir yaklaşım benimsemişler ve mümkün şarta bağlı talakın söylendiği anda netice doğuracağını ve şartın gerçekleşmesine itibar edilmeyeceğini ileri sürmüşlerdir. Bu nedenle, sadece Mâlikî mezhebinin zikri geçen yaklaşımı burada ele alınacaktır.⁶⁴

60 Karâfi, *ez-Zehra*, IV, 261; Haraşî, *Şerh*, III, 208.

61 İbn Rüşd, *Bidâyetül-müctehid*, II, 33-34; Hattâb, *Mevâhibul-celil*, V, 89; Desûkî, *Hâşiye*, II, 240; İliş, *Minehu'l-celil*, IV, 380.

62 Ensârî, *Esne'l-metâlib*, III, 150; Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, III, 177.

63 İbn Kudâme, *el-Muğni*, VII, 84; Merdâvî, *İnsâf*, VIII, 114; Buhûti, *Şerh*, II, 689; Ruhaybânî, *Metâlibü üli'n-nühâ*, V, 168.

64 Bu meseleyle ilgili diğer mezheplerin görüşleri ve ayrıntılar hususunda bkz. Ahmet Aydın, *İslam Boşanma Hukukunda Beyanın Değerlendirilmesinde Etkili Unsurların Sübjektif Nazariye Açısından Analizi*, İzmir, 2016, s. 150-157.

Mâlikî hukukçular, kocanın talak yeminini eşin hayız görmesi veya çocuk doğurması şartına bağlaması halinde şartın gerçekleşme ihtimaline göre meseleyi incelemişlerdir. Kocanın bu sözü henüz hayız görmeyen yaştaki eşine söylemesi halinde talak hemen gerçekleşir. Bununla birlikte, hayızdan kesilmiş bir kadının talakı onun adet görmesine bağlandığında boşamanın geçerli olmayacağı kabul edilmiştir.⁶⁵

Mâlikî mezhebinde, hamile eşin erkek çocuk doğurması halinde onun boş olacağına dair kocanın yemin etmesiyle talak o anda gerçekleşir. Sonradan kadın kız çocuk dünyaya getirirse dahi nikahın geçerli olmayacağı belirtilmiştir. Mâlikî hukukçular bu meseleyi gerekçelendirirken, kocanın yemininin bozulma şüphesi doğduğunu, haramlık şüphesinin mevcudiyeti halinde nikah akdinin söz konusu olamayacağını ileri sürmüşlerdir.⁶⁶ Diğer taraftan Mâlikî eserlerde, kocanın küçük yaşta veya hayızdan kesilmiş eşine “çocuk doğurursan boşsun” demesi halinde, talakın geçerli olmayacağına yer verilmiştir.⁶⁷

Mâlikî mezhebinde hayız görme ve çocuk doğurma şartına bağlı talak lafızlarının söylendiği anda, koşulun gerçekleşmesi beklenmeksizin, hüküm doğurduğu, bu bağlamda ilgili meselelerde sebebin varlığında neticenin gerçekleşmiş gibi değerlendirildiği söylenebilir. Bununla birlikte, Mâlikî hukukçuların meseleyi sebep-netice kavramları ekseninde incelemedikleri belirtilmelidir.

5. ÖLÜM HASTALIĞINDA GERÇEKLEŞEN TALAKTAN SONRA KADININ MİRASÇI OLMASI

İslam hukukunda maraz-ı mevt, ölümcül ve araya sıhhat hali girmeden kişinin ölümüne neden olan hastalık olarak kabul edilmiş ve bu hali yaşayan şahsın tasarruflarının geçerliliği tartışılmıştır.⁶⁸ Makale aile hukukuyla ilgili olduğundan ölüm hastalığı, sadece talak ekseninde kadının mirasçılığı açısından tetkik edilecektir.

Şâfiî mezhebinde⁶⁹ bâin talaktan sonra eşler arasında miras geçerli kabul edilmediğinden ilgili mesele diğer mezhepler bağlamında ele alınacaktır. Ölüm hastalığında boşanan kadın, Hanefî⁷⁰ mezhebinde ölüm iddet içinde gerçekleştiği takdir-

65 Haraşî, *Şerh*, IV, 56; Derdîr, *eş-Şerhul-kebir*, II, 386-387; III, 391; Aydın, *Boşanma Hukuku*, s. 151-152.

66 Derdîr, *eş-Şerhul-kebir*, II, 391; Desûkî, *Hâşiye*, II, 395; Haraşî, *Şerh*, IV, 56; İliş, *Minehul-celil*, IV, 113; Aydın, *Boşanma Hukuku*, s. 155-156.

67 Haraşî, *Şerh*, IV, 60; Derdîr, *eş-Şerhul-kebir*, II, 395; İliş, *Minehul-celil*, IV, 124; Aydın, *Boşanma Hukuku*, s. 155.

68 Ali Bakkal, “Maraz-ı Mevt”, *DİA*, XXVIII, 39.

69 Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebir*, VIII, 148; Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, III, 294; Remlî, *Nihâyetül-muhtâc*, VI, 454.

70 Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 156; Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, III, 220.

de, Hanbelî⁷¹ mezhebinde kadın başka biriyle evlenmedikçe, Mâlikî⁷² mezhebinde başka bir evlilik yapsa dahi kocasına mirasçı olmaktadır.

Talaktan sonra kadının ölüm hastalığında mirasçı olması, fıkıh doktrininde genelde sedd-i zerâi bağlamında ele alınmaktadır. Sedd-i zerâide, kötü neticeye ulaştırılan sebebin önlenmesi amaçlanmaktadır. Bu açıdan, ilgili meselede sebep-netice ilişkisinin dikkate alındığı söylenebilir. Ancak konunun, sedd-i zerâi dışında birtakım ilkelerle ilişkisi olabileceğine dair değerlendirmeler de bulunmaktadır.

İbrahim Kafi Dönmez, sedd-i zerâiyle ilgili makalesinde ölüm hastalığında boşanan kadının mirasçılığını incelerken, sedd-i zerâi ile ulaşılan neticenin her zaman haram veya mekruh görme yahut caiz kabul etmeme şeklinde olmadığını vurgulamış ve ilgili konuda sedd-i zerâi ile ulaşılan sonucun kadının mirasçılık hakkının korunması olduğunu belirtmiştir. O, hukukçuların kocanın ilgili konudaki tasarrufunu kadını mirastan mahrum etme kastıyla yaptığı sonucuna vardıklarını ileri sürmüştür. İbrahim Kafi Dönmez, bu bağlamda, mübah fiilin dinen yasak sonuca vasıta olduğu bazı durumların zerâi dışındaki kavramlarla ifade edilmeyi gerektirebileceğine ve bu gibi durumlarda bazı tedahüllerle karşılaşılabileceğine yer vermiştir.⁷³

İbrahim Kafi Dönmez'in değerlendirmesi ışığında, ilgili meselede makalede incelediğimiz ilkenin müessir olduğunu düşünüyoruz. Yani neticeye götüren sebebin (hastalık) varlığında sonuç (ölüm) gerçekleşmiş kabul edilerek kadın kendisini boşayan kocasına mirasçı olmaktadır. Ancak kabul edilmelidir ki, sebebin müsebeb konumunda değerlendirilmesi sadece kadının mirasçılığı hususunda itibara alınmakta; diğer bazı hükümlerde dikkate alınmamaktadır. Örneğin maraz-ı mevte zevcesini boşayan kocanın ölümü halinde onun boşadığı kadına mirasçı olmayacağı belirtilmektedir. Bu konuda Hanefî⁷⁴, Mâlikî⁷⁵ ve Hanbelî⁷⁶ hukukçular arasında görüş birliği vardır. Ancak bu noktada tasarrufun bir açıdan geçerli, diğer açıdan geçersiz görülmesinin çelişkili bir durum olduğuna işaret eden İbn Rüşd, ayrıca Hanefîler'in benimsediği ölümün iddet içinde gerçekleşmesi halinde kadı-

71 İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI, 268; Merdâvi, *İnsâf*, VII, 356-357; Buhûti, *Keşşâfü'l-Kıma'*, IV, 483. Hanbelî mezhebinde, ölümün iddetten sonra gerçekleşmesi halinde kadının mirasçı olamayacağına dair zayıf bir görüşe de yer verilmiştir (İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI, 268; Merdâvi, *İnsâf*, VII, 356-357).

72 Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebir*, II, 353; Haraşî, *Şerh*, IV, 18. Mâlikî hukukçulara göre, ölüm hastalığında boşanmadan sonra araya sıhhat halinin girmesi ve daha sonra kadının tekrar boşanması durumunda, kadın sadece ölümün birinci talakın iddetinde gerçekleşmesi halinde mirasçı olabilmektedir. Mâlikîler, ilgili meselede sıhhat halinin hastalıkla ölüm arasındaki sebebiyet ilişkisini kestğini değerlendirmişlerdir (يقطع بصحة بينة). Bkz. Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebir*, II, 353; Haraşî, *Şerh*, IV, 18-19.

73 Dönmez, *Fıkıh Usulü İncelemeleri*, s. 397-398.

74 Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 157; Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, III, 220.

75 Haraşî, *Şerh*, IV, 18; Desûkî, *Hâşiye*, II, 353; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebir*, II, 353.

76 İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI, 268.

nın mirasçı olması, aksi takdirde buna hak kazanamaması şeklindeki görüşü de eleştirmiştir. O, ilgili hükmün talakı bir durumda sahih, diğerinde geçersiz sayma anlamına geldiğini ve geçerli olduğu anlaşılacağı kadar hükmün bekletilmesinin ise hukuk doktrini açısından isabetli olmadığını belirtmiştir.⁷⁷

Hukukçuların talaktan sonra kadının kocasına mirasçı olacağını ileri sürerken, kocanın zarar verme kastı üzerinde durdukları görülmektedir.⁷⁸ Bu bağlamda, manevî unsurun etkili olduğu söylenebilir. Ancak bizler, bu meselede sebep-netice ilişkisinin yani maddî unsurun daha belirleyici olduğu kanaatindeyiz. Nitekim sedd-i zerâi sebep-netice ilişkisine dayanan bir ilkedir. Ayrıca ilgili meselede hastalığın, maraz-ı mevt şeklinde nitelendirilme nedeni ölüme yol açan hastalık olmasıdır. Bu bağlamda hastalık halinin (neticesi olan) ölüm gibi değerlendirildiği kanaatindeyiz.

Hanefî mezhebinde benimsenen, ölüm hastasının talaktan sonra iyileşip daha sonra ölümü halinde tasarruflarının sağlıklı kimseninki gibi değerlendirilmesi önemli bir husustur.⁷⁹ Bu, hastalık ve ölümün sebebiyet ilişkisi bağlamında ele alındığını göstermektedir. Ayrıca ölüm hastalığının ehliyeti kısıtlayıcı nitelikte kabul edilmesinde ölüm korkusunun önemli bir unsur olduğu şeklindeki görüşü⁸⁰ tartışılır hale getirmektedir. Zira ölüm hastalığı yaşarken tasarrufta bulduktan sonra iyileşen kişinin boşama esnasındaki ruh halinin, hiç iyileşmeksizin ölüm hastalığında vefat eden şahıstan farklı olduğu söylenemez. Bununla birlikte, her iki tasarrufun tamamıyla farklı değerlendirilmesinde manevî unsurdan (ölüm korkusu) ziyade maddî unsurun (sebebiyet ilişkisi) belirleyici olduğu söylenebilir.

Hanefîler'in kadının mirasçı olabilmesi için, ölümün kadının iddeti içinde gerçekleşmesini şart koşmaları, sebebiyet ilişkisini ortaya koyan bir durum olarak değerlendirilmelidir.⁸¹

Bu meselede manevî unsurdan ziyade, maddî unsurun yani sebebiyet ilişkisinin etkili olduğu yönündeki fikrimizi teyit eden diğer bir husus, manevî unsur konusunda gelişmiş bir nazariyeye sahip modern hukukta maraz-ı mevtin ehliyet arızası olarak kabul edilmemesidir.⁸²

77 İbn Rüşd, *Bidâyetül-müctehid*, II, 83.

78 Serahsi, *el-Mebsût*, VI, 157; Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi'*, III, 220; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebir*, II, 353; Haraşî, *Şerh*, IV, 18; Merdâvî, *İnsâf*, VII, 356; Ruhaybânî, *Metâlibü üli'n-nühâ*, IV, 653.

79 Serahsi, *el-Mebsût*, VI, 157; Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, II, 186.

80 Bakkal, "Maraz-ı Mevt", XXVIII, 39.

81 Serahsi, *el-Mebsût*, VI, 156; Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi'*, III, 220. Buna benzer bir görüş Hanbelî mezhebinde de vardır. Bkz. Dipnot 69.

82 Modern hukuk ve İslam hukukunda kusurluluğun belirlenmesinde maddî ve manevî unsurun etkisini, öldürme suçu bağlamında ele alan bir araştırma için bkz. Ahmet Aydın, *Hanefî Fıkıh Literatüründe Öldürme Suçunun Maddî ve Manevî Unsurlarıyla İlgili Kavramların Gelişimi* (Hicri 4-9. Asırlar), Yayınlanmamış

Maraz-ı mevttte gerçekleşen talak hususunda sebep-netice ilişkisi, tespit edebildiğimiz kadarıyla, daha ziyade Hanefî doktrininde ön plana çıkmaktadır. Bu bağlamda özellikle Kâsânî'nin konuyla ilgili metinlerine burada yer vermek istiyoruz. Onun nikahın mirasa hak kazanma sebebi olduğu vakit hakkındaki değerlendirmesinde, sebep-sonuç ilişkisine dayalı muhakeme ön plana çıkmaktadır.

Kâsânî, mirasa hak kazanma zamanı hususunda Hanefîler'in üç farklı görüşe sahip olduklarını belirtmiştir. Bunlardan ikisi mütekaddimûna; diğeri müteahhir fakihlere aittir. Belirtmek gerekir ki, Hanefîler ölüm hastalığında talakla ilgili kadın için sabit olan hakkın mahiyetiyle ilgili iki farklı görüş benimsemişlerdir. Mütekaddimün, tereke üzerinde kadının mülkiyet hakkının; müteahhirun fakihler ise miras hakkının sabit olacağını ileri sürmüşlerdir.⁸³

Müteahhirûn hukukçulara göre, mirasa hak kazanma ölüm hastalığı esnasında gerçekleşmektedir.⁸⁴ Mütekaddimûn hukukçular, mülkiyet hakkının sabit olduğu zaman hususunda iki farklı yaklaşım benimsemiştir. Birinci görüşe göre, hastalık esnasında nikah mevcut olduğundan kadın için her açıdan mülkiyet hakkı doğmaktadır. Bu nedenle, nikahın ölüm vaktine kadar ibkâ edilmesi de gerekmez. Onlar ilgili hükme, zuhûr tarikiyle (طريق الظهور) ulaşmışlardır. Anlaşıldığı kadarıyla bu metotla maraz-ı mevttte ölüm emareleri görülmesine itibarla kadının mülkiyet hakkının hastalık esnasında doğduğu kabul edilmektedir. Diğer mütekaddimûn fakihlere göre, mülkiyet hakkı ölümle sabit olmaktadır. Onlar bu hükme istinâd tarikiyle (طريق الاستناد) ulaşmaktadırlar. Anlaşıldığı kadarıyla bu meselede ölüm neticesi, onun sebebi olan hastalığa isnat edilmektedir. Hastalık anında ise, mirasın sebebi olan nikah mevcut olduğundan kadın tereke üzerinde mülkiyet hakkını kazanmaktadır.⁸⁵

İsnat meselesi, İbn Mâze'nin metinlerinde daha açık şekilde ifade edilmiştir. Buna göre, maraz-ı mevttte ölümün, hastalığın akabinde gerçekleşeceği kesindir. Sebebin akabinde gelen ise, sebebe isnat edilir. Nitekim yaralanmadan sonra gerçekleşen ölüm neticesi, yaralama eylemine isnat edilmektedir.⁸⁶

Hanefî hukukçuların maraz-ı mevttte gerçekleşen talak hususunda iki farklı sebep-netice ilişkisini birlikte değerlendirdiği söylenebilir. Bunlar, mirasın sebebi olan nikah ve ölümün sebebi olan hastalıktır. Her ne kadar ölüm anında nikah akdi bulunmasa da (ölümün sebebi olan) hastalık esnasında mevcuttur. Böylece (mi-

Doktora Tezi, İstanbul, 2013.

83 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, III, 218.

84 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, III, 218.

85 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, III, 218.

86 İbn Mâze, *el-Muhitü'l-Burhânî*, III, 767.

rasçılığın sebebi olan) nikah akdinin (ölümün sebebi olan) hastalık halinde mevcudiyeti, mirasa hak kazanmanın gerekçesini oluşturmaktadır. Bunu sağlayan ise, sebebin (hastalık) netice (ölüm) hükmünü almasıdır. Böylece ölüm adeta hastalık esnasında gerçekleşmiş gibi değerlendirilmekte ve mirasa hak kazanma hastalık anından itibaren kabul edilmektedir. Nitekim Abdülaziz el-Buhârî ölüm neticesi gerçekleşikten sonra kadının miras hakkının hastalık anından itibaren sabit olduğunu açıkça belirtmiş⁸⁷ ve ölüm hastalığında tıpkı yaralama eyleminde olduğu gibi neticeye göre hükmün belirleneceğine temas etmiştir.⁸⁸

Yukarıda yaralama-öldürme ve hastalık-ölüm ilişkisi arasında kurulan benzerlik önemlidir ve konunun anlaşılması açısından yaralamanın ölüme yol açması konusuna temas etmeyi gerekli kılmaktadır.

Hanefî eserlerde *öldürme kastı olmaksızın* icra edilen yaralama eyleminin akabinde ölüm neticesi gerçekleştiğinde, başlangıçtan itibaren eylemin *amden öldürme suçu* olarak nitelendirileceği ve faile kısas cezasının tatbik edileceği belirtilmiştir.⁸⁹ Kâsânî, yaralamadan sonra ve ölüm neticesinden önce suç failinin kısas cezasından affının mümkün olduğunu ileri sürmüştür. Müellif bu hükmün gerekçesini açıklarken, ölüm neticesinden önce her ne kadar öldürme suçu söz konusu olmamakla birlikte (أن القتل إن لم يوجد للحال), ona götüren sebebin yani yaralama fiilinin mevcut olduğunu (وجد سبب وجوده وهو الجرح المفضي إلى فوات الحياة), neticeye ulaştırılan sebebin de müsebbeb konumunda değerlendirileceğini ileri sürmüştür (السبب المفضي إلى الشيء يقام (مقام ذلك الشيء)).⁹⁰

Hanefî hukukçular, yaralamanın akabinde ölüm neticesinin gerçekleşmesi halinde failin kısas cezasına çarptırılmasını açıklarken, Serahsî⁹¹ ve Zeylai⁹² suç eyleminde neticenin itibara alınacağını ileri sürmüş (يعتبر في الجنایات مآلها), Mergînânî⁹³ de, yaralama fiillerinde neticelerin dikkate alınacağını ifade etmiştir (الجراحات يعتبر فيها (مآلها لا حالها)). Bu bağlamda yaralamanın ölüm neticesine yol açmasında sebep-netice ilişkisinin günümüz hukukundan çok farklı değerlendirildiği söylenebilir. Zira günümüz hukukunda yaralama eyleminde *öldürme kastı bulunmadığında* ölüm net-

87 Abdülaziz b. Ahmed Buhârî, *Keşfü'l-esrâr an usûli'l-Pezdevî*, Beyrut, 1997, IV, 277.

88 Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV, 278.

89 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, VII, 245; Ekmeliüddin Muhammed b. Mahmûd Bâbertî, *el-Înâye Şerhul-Hidâye*, Mısır, 1970, X, 260. Kâsânî, yaralama eyleminin neticesinde ölümün gerçekleşmesi halinde eylemin başlangıç anından itibaren öldürme suçu olarak nitelendirileceğini belirtmiştir (وقع قتلا من حين وجوده) Bâbertî de aynı şekilde, yaralama eyleminin ölüm neticesiyle birlikte başlangıçtan itibaren öldürme suçu olarak nitelendirileceğini (القطع مع السراية بصر قتلا من الابتداء) açıklamıştır (Aydm, *Öldürme Suçu*, s. 90).

90 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, VII, 248.

91 Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 128.

92 Zeylai, *Tebiyinu'l-hakâik*, VI, 119.

93 Mergînânî, *el-Hidâye*, IV, 188

icesi gerçekleşse dahi, eylem hiçbir şekilde *kasten öldürme* olarak nitelendirilemez.⁹⁴ Bu husus, özellikle Hanefî doktrininde sebep-netice ilişkisinin farklı bir yaklaşımla ele alındığını açıkça ortaya koymaktadır.

Yaralama ölüme yol açtığında eylemin başlangıçtan itibaren öldürme olarak nitelendirilmesiyle hastalığın ölüme sebebiyet vermesi halinde boşanan kadının hastalık anından itibaren mirasçı olması benzerlik göstermektedir. Bu iki meselede sebepler (hastalık ve yaralama) yol açtığı neticelerin (ölüm ve öldürme) hükmünü almaktadır. Ancak ölüm gerçekleşmediği takdirde, sebepler sonuç hükmünde değerlendirilmemektedir.

Yukarıdaki iki meseleyle ilgili önemli bir husus, hükmün netice gerçekleşmesiye kadar bekletilmesidir. Bu bağlamda, makalede incelenen diğer meselelerle maraz-ı mevte ilgili hükümlerin farklılık arz ettiği belirtilmelidir. Zira makalede incelenen diğer konularda, neticenin gerçekleşmesi şart olmayıp gerçekleşme ihtimalinin bulunması yeterli görülmektedir. Maraz-ı mevte ise sebep, sadece netice gerçekleştiğinde etkili olmaktadır.

6. NESEBİN SÜBÛTU İÇİN BİRLEŞME İMKANININ ŞART OLMAMASI

Makalede ele alınan kuralın etkili olduğu diğer bir mesele, nesebin sübûtuyla ilgilidir. Evlilik içinde doğan çocuğun nesebinin sabit olması için İslam hukukunda bazı şartlar öne sürülmüştür. Bunlar, erkeğin baba olacak çağda ve durumda olması, zıfâf, halvet veya akidden sonra hamileliğin asgari süresinin aşılmış olması, kocanın vefatı veya boşamadan sonra hamileliğin azami süresinin aşılmamış olması, eşler arasında birleşmenin vaki veya mümkün olmasıdır. Hanefîler, son şartı nesebin sübûtu için itibara almamışlardır.⁹⁵ Onların bu konuyu makalede incelenen ilke çerçevesinde değerlendirdikleri tespit edilmiştir. Diğer mezheplerde, nesebin sübûtu için eşler arasında birleşmenin vaki veya mümkün olması şart kabul edildiğinden⁹⁶, bu başlık altında sadece Hanefî hukukçuların yaklaşımına temas edilecektir.

Hanefî mezhebinde evli çiftlerin birleşme imkanı olmasa dahi, nikahtan sonraki belli bir zaman içinde doğan çocuğun nesebinin nikahın tarafı olan kocadan sabit olacağı ileri sürülmüştür.⁹⁷ Kâsânî, cinsel birleşmenin gizli hususlardan olduğunu, bu nedenle onun yerine objektif ölçü olarak nikahın itibara alındığını

94 Özellikle başlangıçta öldürme kastı bulunmaksızın icra edilen müessir fiilin neticeye göre cezalandırılması hususunda modern hukukla Hanefî mezhebinin mukayesesi için bkz. Aydın, *Öldürme Suçu*, s. 87-94.

95 Bkz. İbrahim Kafi Dönmez, "Nesep", *DİA*, XXXII, 574.

96 Bkz. Dönmez, "Nesep", *DİA*, XXXII, 574.

97 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, II, 331-332; Zeylâi, *Tebyinü'l-hakâik*, VII, 253; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, IV, 350; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, IV, 169.

belirtmiştir.⁹⁸ Bazı Hanefî eserlerde, nikahtan sonra birleşmenin imkan dahilinde olmasının itibara alınmayacağı, bunun yerine nikahın cinsel ilişki hükmünde değerlendirileceği ileri sürülmüştür.⁹⁹

Yukarıdaki meselede, makaledeki diğer örneklerle benzer şekilde, nesebin sübûtu için cinsel ilişkinin sebebi olan nikahın mevcudiyeti yeterli görülmüş ve sebebin (nikah) varlığında neticenin (birleşme) gerçekleştiği değerlendirilmiştir. Diğer taraftan, burada sebebin netice gibi hüküm doğurması (maraz-ı mevttte gerçekleşen boşama gibi) netice gerçekleştikten sonra söz konusu olmaktadır. Yani çocuk doğduktan sonra nikah akdinin mevcudiyeti itibara alınmakta ve cinsel ilişki gerçekleşmese dahi çocuğun nesebi babadan sabit olmaktadır.

7. HUKUKUN DİĞER ALANLARINDA SEBEBİN NETİCE GİBİ HÜKÜM DOĞURMASI

Makalede “sebebin netice gibi hüküm doğurması” şeklinde belirttiğimiz ilkenin daha ziyade aile hukukuyla ilgili meselelerde etkili olduğu tespit edilmiştir. Bununla birlikte, diğer bazı konularda da ilgili kurala yer verildiği söylenebilir. Kâsânî, bazı hallerde sebebin müsebbeb konumunda değerlendirileceğine değinirken yolculuğun meşakkat, nikah akdinin cinsel ilişki, ayağı diğer taraftan çıkarıp oturarak (müteverriken) veya yan üzere yatarak (müzdacian) uyumanın abdestin bozulması hükmünde olduğunu belirtmiştir.¹⁰⁰

Kâsânî, hareket halindeki gemide oturarak namaz kılmaya cevazın gerekçesini açıklarken; hareket eden gemide baş dönmesinin yaygın olduğu¹⁰¹ ve kişinin bu durumda ayakta namaz kılamayacağını ve sebebin (hareket halindeki gemide namaz kılma) müsebbeb-netice (baş dönmesi) konumunda değerlendirileceğini belirtmiştir.¹⁰² Bu meseleyle ilgili hükmü açıklarken diğer hukukçular, Kâsânî’den farklı olarak “sebebin netice gibi hüküm doğurması (ikâmetü’s-sebeb mekâme’l-müsebbeb)” ifadesi yerine “mütehakkik” kavramını kullanmışlardır.¹⁰³ Yani genelde neticeye yol açacak sebebin bulunması halinde, ilgili netice gerçekleşmiş gibi değerlendirilmektedir. İbn Âbidîn’in ilgili meseleye yer verirken, Kâsânî’nin konunun başında zikrettiği örneklerle (uykuda hadesin, yolculukta meşakkatin gerçek-

98 Kâsânî, *Bedâiu’s-sanâi*, II, 331-332.

99 Zeylâi, *Tebyinü’l-hakâik*, VII, 253; İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-kadir*, IV, 350; İbn Nüceym, *el-Bahru’r-râik*, IV, 169.

100 Kâsânî, *Bedâiu’s-sanâi*, V, 43.

101 Burada “itibâr gâlib-i şâyi’adır” şeklindeki kuralın da etkili olduğu görülmektedir.

102 Kâsânî, *Bedâiu’s-sanâi*, I, 110.

103 Merğînâni, *el-Hidâye*, I, 78; Zeylâi, *Tebyinu’l-hakâik*, I, 203; İbn Nüceym, *el-Bahru’r-râik*, IV, 322; İbn Âbidin, *Reddü’l-muhtâr*, II, 101. İbn Nüceym, “mütehakkik” yerine “mühakkik” kavramını zikretmiştir.

leştiginin kabul edilmesi) değinmesi, farklı hukukçuların meseleyi aynı yaklaşımla değerlendirdikleri kanaatini güçlendirmektedir.¹⁰⁴ Kullanılan kavramlar da bu hususu teyit eder niteliktedir.

Sebebin netice hükmünü aldığı diğer bir konu, kanaatimizce, ceninin mirasçı olmasıdır. Günümüz hukukunda ceninin mirasçı olması için sağ doğmuş olması şarttır.¹⁰⁵ Bu kural, Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî mezhebinde de kabul edilmiştir.¹⁰⁶ Hanefî mezhebinde ise konunun şöyle bir istisnası bulunmaktadır. Buna göre, annenin karnına vurularak ceninin ölü doğması halinde önce mirasçı daha sonra mûris kabul edildiği görülmektedir.¹⁰⁷

Hanefî eserlerde ceninin mirasçı olması şu şekilde gerekçelendirilmiştir. Ceninin düşmesine neden olan haksız fiil nedeniyle gurre ödenmesi gerekmektedir. Tazminat ise, hayat sahibi şahsa yönelik cinayetlerde söz konusudur (وجوب الضمان بالجناية على الحي دون الميت). Bu da ceninin sağ olduğunu gösterir. Sağ olan ise, mirasa hak kazanır ve kendisine mirasçı olunur.¹⁰⁸

Hanefî hukukçular, müessir fiile maruz kalan cenini hayat sahibi olarak değerlendirmekle birlikte başka nedenlerden dolayı annenin düşük yapması halinde onu mirasçı kabul etmemişlerdir. Yani onlar da miras için ceninin sağ doğmasını şart kabul etmişlerdir.¹⁰⁹ Bu durumda müessir fiile maruz kalan cenin için itibari bir doğum öngörüldüğü söylenebilir. Zira ancak bu şekilde mirasa hak kazanılır. Bu da, makalede yer verilen kuralın işletilmesiyle mümkün gözükmektedir. Yani, haksız fiil esnasında hamileliğin mevcudiyeti dikkate alınmaktadır. Hamilelik ise sağ doğumun sebebidir. Sebebin (hamilelik) varlığında netice (sağ doğum) gerçekleşmiş gibi değerlendirilmektedir. Makalede incelediğimiz kuralın özellikle Hanefî mezhebinde zikredilmiş olması ve ceninle ilgili bu hükümde onların diğer mezheplerden farklı yaklaşımı ilgili gerekçelendirmeyi mümkün kılmaktadır.

SONUÇ

Makalede, özellikle İslam aile hukuku alanında sebebin netice gibi hüküm doğurduğu bazı meseleler incelenmiştir. Araştırmamızda yer verdiğimiz bu kuralın Hanefî eserlerde genellikle “ikâmetü’s-sebeb mekâme’l-müsebbeb” şeklinde ifade

104 İbn Âbidin, *Reddü’l-muhtâr*, II, 101.

105 Bkz. Türk Medeni Kanunu, madde 582.

106 Karâfi, *Zehira*, II, 470; Desûkî, *Hâşiye*, IV, 270; Ensârî, *Esne’l-metâlib*, III, 19; Şirbini, *Muğni’l-muhtâc*, III, 40-41; Ruhaybânî, *Metâlibü üli’n-nühâ*, IV, 627.

107 Serahsî, *Mebûsât*, XXX, 54; İbn Nüceym, *el-Bahru’r-râik*, II, 203; *el-Fetâva’l-hindiyye*, VI, 456.

108 Serahsî, *Mebûsât*, XXX, 54; İbn Nüceym, *el-Bahru’r-râik*, II, 203; *el-Fetâva’l-hindiyye*, VI, 456.

109 Serahsî, *Mebûsât*, XXX, 54; İbn Nüceym, *el-Bahru’r-râik*, II, 203; *el-Fetâva’l-hindiyye*, VI, 456.

edildiği ve diğer bazı mezheplerde de kısmen dikkate alındığı söylenebilir. Nitekim Mâlikî eserlerde halvet bazı açılardan cinsel birleşme gibi değerlendirilmiştir (tenzîlen li'l-halveti menzilete'd-duhûl). Ayrıca Mâlikî mezhebinde gerçekleşmesi mümkün koşula bağlı talakın zikredilmesiyle boşamanın o anda geçerli olacağı kabul edilmiştir. Hanbelî hukukçular da, cinsel ilişkiye girmeden önce boşanan kadının kararlaştırılan mehrin yarısını alacağını belirten ayette cinsel ilişkiyi ifade eden “temessûhunne” kelimesiyle kastedilenin halvet olduğunu, burada mecaz yoluyla netice (müsebbeb) zikredilmekle birlikte sebebin (halvet) kastedildiğini belirtmişlerdir.

Sebebin netice hükmünde değerlendirilmesi hususunda Şâfiîler'in farklı bir yaklaşıma sahip olduğu görülmektedir. Nitekim onlar, mehir ve iddet konusunda halveti cinsel birleşme olarak değerlendirmemiş, dokunma, bakma gibi davranışlarla hürmet-i musâhere oluşmayacağını kabul etmiş ve ölüm hastalığında gerçekleşen talaktan sonra kadının mirasa hak kazanamayacağını ileri sürmüşlerdir. Bu bağlamda, Şâfiî hukukçuların sebebin varlığından ziyade neticenin gerçekleşmesini dikkate aldıkları söylenebilir.

Sedd-i zerâide sakıncalı neticenin dikkate alınmasıyla ihtiyatlı, tedbirli olunması gereken hususlarda sebebin netice gibi hüküm doğurması, kanaatimizce, kısmen benzerlik göstermektedir. Nitekim söz konusu ilkeye açıkça temas eden Hanefî eserler üzerinde yapılan taramalarda ilgili kuralın daha ziyade haramlığın ön planda olduğu aile hukuku alanında ve ibadet konularında dikkate alındığı tespit edilmiştir.

İlgili kuralın yer verildiği meseleler nispeten az olmakla birlikte, ölüm hastalığında boşanan kadının mirasçı olması, haksız fiille düşürülen ceninin önce mirasçı daha sonra mûris kabul edilmesi, birleşme imkanı olmayan eşlerin nikah akdinden sonra doğan çocuğun nesebinin kocadan sabit olması gibi İslam hukukuna özgü bazı hükümlerin anlaşılmasında kilit rol oynadığı söylenebilir.