

SERAHSÎ'NİN EL-MEBSUT İSİMLİ ESERİNDEKİ CEZA BAHİSLERİNE HÂKİM OLAN FİKHÎ KAİDELER*

Necmettin KIZILKAYA**



Özet:

İslam ceza hukukuna hâkim olan kaideleri incelemeyi amaçlayan bu çalışmada, V/XI. yüzyıl Hanefî âlimlerinden Serahsî'nin (483/1090) el-Mebsut isimli eseri esas alınacaktır. el-Mebsut çerçevesinde, ceza bahislerinde incelenen konulara hakim olan küllî kaideler tespit edilerek fikhî kaidelerin işlevi ortaya konmaya çalışılacaktır. Bu nedenle, İslam ceza hukukunun dayanmış olduğu üst ilkeler ve ceza hukukunun genel özellikleri çok geniş bir alanı teşkil ettiğinden bu çalışmanın dışında bırakılacaktır. Buna bağlı olarak cezalandırmada aranan kanunilik, şahsîlik, adalet ve hakkaniyet, suç-ceza dengesi ve genellik gibi ilkeleri doğrudan detaylı bir şekilde incelenmeyecek; kaideler ile ilişkileri oranda bunlara işaret edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Fikhî Kaideler, Serahsî, el-Mebsut.

Islamic Legal Maxims (al-Qawā'id al-Fiqhiyyah) in Sarakhsi's al-Mabsût with Special Reference to the Penal Law

Abstract:

Islamic legal maxims (al-qawā'id al-fiqhiyyah) have been used in the basic sources of Islamic jurisprudence (furū' literature). Although main sources of Islamic law are the Qur'ān and the Sunnah, the use of

* Bu makale, 15-17 Ekim 2010 tarihlerinde Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi ile Gaye Vakfı tarafından düzenlenen Uluslararası Serahsî Sempozyumunda sunulan "Serahsî'nin *el-Mebsut*'undaki Ceza Bahisleri Çerçevesinde Fikhî Kâidelerin Fonksiyonu" başlıklı tebliğin gözden geçirilmiş halidir. Merhum Prof. Dr. Salim Öğüt'ün aziz ruhuna ithaf olunur.

** Yrd. Doç. Dr., Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi

al-qawā'id al-fiqhiyyah is also significant. Learned scholars of different schools of Islamic law, have used al-qawā'id al-fiqhiyyah in their legal opinions, rulings, and judicial interpretations. This makes furū' literature particularly significant for the development of the science of jurisprudence. In his monumental work 'al-Mabsūt', Sarakhsi has given importance to the use of al-qawā'id al-fiqhiyyah in his juristic analyses of the primary sources and differences of legal opinions.

Key Words: Islamic legal maxims (al-qawā'id al-fiqhiyyah), Sarakhsi, al-Mabsūt.

Giriş

İslam hukukunun temel kaynakları olan Kur'an ve Sünnet'te cezalar ile ilgili temel prensipler ortaya konmuş ve İslam hukukçuları da tarihsel süreç içerisinde bu ilkeleri yorumlayarak kendi dönemlerindeki problemleri çözecek teoriler geliştirmişlerdir. Naslarda yer alan cezaların yönedikleri amaçlar dikkate alındığında, genel hatları itibariyle dinin ve hukuk sistemlerinin muhafaza etmeye çalıştıkları beş temel esas olan din, can, mal, akıl ve ırzı korumayı hedefledikleri görülür.¹ Ancak bunlar korunmaya çalışılırken, suçun işlenmesini engelleyici tedbirlere önemli ölçüde ihtimam gösterilerek suça sevk edecek fiil ve davranışlar gerek ahlakî, gerekse hukukî tedbirler vasıtasıyla önlenmeye çalışılmıştır. Bu nedenle, suçu doğuran faktörleri yok etmek için önleyici bazı dini-ahlaki emirler ile inanan insanların suç ile karşılaşacakları ortamlar ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. Bu çerçevede, iyiliği emir ve kötülüğü nehiy gibi bazı kurumlar vasıtasıyla suç ile mücadele araçları, bireysel ve toplumsal vicdan da devreye sokulmak suretiyle çeşitlendirilmiş; bu iş sadece kanunlara bırakılmamıştır. Bütün önlemlere rağmen suçun işlenmesi durumunda buna yönelik cezaî müeyyideler de konulmuştur.

İslam'da genel olarak suç ve cezanın aynı ölçüde olacağı bir ilke olarak kabul edilmektedir. Bu genel ilke, özellikle işlenen masiyetlerin ahiretteki karşılıkları söz konusu olduğunda, fiil ile verilecek ceza arasında makul bir dengenin gözetilmesi şeklinde tezahür etmektedir.² Ancak bazı suçların mahiyeti ve bunları işleyen kişilerin toplumdaki konumları bu genel kuraldan istisna yapılmasını sağlamış ve bunlara verilecek cezanın kat kat olacağı ifade edilmiştir.³ İslam hukukunda da suç ile ona

1 Bkz. Bardakoğlu, Ali, "Ceza", *DİA*, İstanbul, 1993 VII, 472.

2 Örnek olarak bkz. "Kim ortaya bir iyilik koyarsa ona on katı verilir; ortaya bir kötülük koyan ise ancak misliyle cezalandırılır; onlara haksızlık yapılmaz." En'am, 6/160.

3 Örnek olarak bkz. "Onlar ki, Allah yolundan döndürmeye çalışırlar ve o yolu eğri büğrü yapmak isterler. Üstelik onlar, ahirete de inanmazlar. Onlar yeryüzünde (herkesi) yıldırarak değillerdir. Kendilerini koruyacak Allah'dan başka kimseleri de yoktur. Onların azabı kat kat olacaktır. Üstelik onlar hakkı

verilecek ceza arasında makul bir ölçünün olduğu genel bir ilke olarak kabul edilmiş ve ceza hukuku ile ilgili mevzular bu çerçevede düzenlenmiştir. Bununla beraber, bazı suçların cezalarının oldukça ağır olduğu görülür. Bu tür ağır cezalar verilmesinin temelinde suçun mağdurda oluşturduğu tahribatın yanı sıra, topluma verdiği zararın etkisi de önemlidir. Özellikle işlenen suçun toplumda oluşturduğu ahlaki tahribat ve güvensizlik, cezanın da bu paralelde ağır bir şekilde verilmesine yol açmıştır.

Fıkıhın değişik bölümlerine ait meseleleri kuşatan küllî kaideler, içerdikleri kolanlara hâkim olan düşünceyi yansıtan ve istikra sonucu elde edilen prensiplerdir. Mevzularını fikhî meselelerin teşkil ettiği bu kaideler, ibadetten muamelata birçok konuyu kuşatan genel bir yapıya sahiptirler. Bununla beraber, fıkıhın tek bir bölümüne hâkim olan daha alt düzeyde kaideler vardır ki bunlara dâbit denilmektedir.⁴ Aşağıda da görüleceği üzere hem kaideler hem de dâbitler fıkıh eserlerinde değişik amaçlarla kullanılmış ve mezheplerin çok sık müracaat ettiği fikhî enstrümanlar olmuşlardır. Özellikle Serahsî'nin el-Mebsut'u gibi mezhep içerisinde merkezi bir role sahip olan bir eserde kavaide sıkça müracaat edilmesi, fikhî kaidelerin hukukî tefekkür açısından ehemmiyetini göstermektedir.

El-Mebsut'un ceza hukuku ile ilgili bölümlerinde geçen fikhî kaideleri inceleyen bu çalışma, iki nokta üzerinde durmaktadır: İlgili bölümlerde kullanılan kaidelerin tespiti ve bu kaidelerin fonksiyonu. Birinci kısımda cezalar ile ilgili fıkıh bablarında zikredilen kaideler tespit edilmekte ve bunlardan hareketle ceza bahislerine hâkim olan ilkeler hakkında genel bir kanaate varılmaya çalışılmaktadır. Buna göre ceza hukukuna hâkim olan en temel ilke, hadlerin şüpheyle düşürülmesidir. Nitekim Serahsî bunu bir yerde şöyle ifade eder: "Hadleri düşürmek için hal çaresi (ihtiyâl) aramakla emrolunduk." Ancak Serahsî'nin ceza bahislerinde zikrettiği kaideler sadece bununla sınırlı olmayıp, suçlar, cezalar, tazminatlar ve usul-ı muhakemeye hâkim olan başka kaideler de eserde yer almaktadır.

Çalışmanın ikinci kısmında fikhî kaidelerin temel bir fıkıh eserindeki kullanımından hareketle işlevi üzerinde durulmaktadır. Bu çerçevede Serahsî'nin fikhî kaideleri zikrettiği alanlar, kaidelerin fikhî tartışmalarda ve görüşlerin temellendirilmesinde oynadığı rol gibi hususlar ele alınmaktadır. Beşinci yüzyıl Mâverâünnehir Hanefî bilginlerinin önde gelenlerinden olan Serahsî'nin daha çok mezhebin ilk dönem otoritelerinin görüşlerini tartıştığı bölümlerde müracaat ettiği kaidelerin, mezhebin dayanmış olduğu mantığı açıklamada ve tercih edilen görüşün mantıksal tutarlılığı-

işitmeye tahammül edemiyorlardı ve de görmüyorlardı." Hüd, 11/19-20. Ayrıca bkz. el-Ahzâb, 33/30.

4 Kâide ve dâbit gibi kavramlar hakkında geniş bilgi için bkz. Kızılkaya, Necmettin, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kâideler*, İstanbul 2013.

nı ortaya koymada kullanıldığı görülmektedir. Serahsî'nin kendisine kadar gelen üç asırlık mezhep birikimini açıklarken kaidelere başvurması, ilk dönem fikhî birikimin dayandığı prensipler ve bunların karakteri hakkında önemli ipuçları vermektedir.

1. El-Mebcut'ta Fikhî Kaidelerin Kullanıldığı Alanlar ve İşlevi

Serahsî, cezalar ile ilgili konuların ilk bölümünde hadleri ele almış ve 'ukûbâtı hudûd başlığı ile incelemeyi tercih ettiğini kaydetmiştir. Hudûd başlığını seçmesinin gerekçesini belirtirken haddin, cezayı gerektiren suçları işlemeyi engelleyici özelliğine işaret eder.⁵ Daha sonra haddin sözlük anlamında geçen engelleme özelliğinden hareketle haddi, "Allah hakkı olarak uygulanması gereken belirlenmiş ceza" şeklinde tanımlamaktadır. Serahsî hadleri diğer cezalarla kıyaslarken onların Allah hakkı olduklarını -ki kısas bu yönüyle kul hakkıdır ve ta'zîr mukadder olmadığı için had değildir- ve uygulanmasındaki temel gerekçenin de suçun sebepleri olan durumları engellemeye yönelik olduğunu ifade eder.⁶ Bu yaklaşım, uygulanan haddin ceza yönünden ziyade suçun oluşumunu engelleme özelliğini ortaya koyması bakımından önem arz etmektedir. IX/XV. yüzyıl Hanefî âlimlerden olan İbnü'l-Hümâm (v. 861/1457) da bu hususu çok veciz bir şekilde şöyle açıklar: "Cezalar, suç işlenmeden önce önleyici; işlendikten sonra kontrol edicidir. Yani, cezaların varlığından haberdar olmak, cesur bir şekilde fiili işlemeyi engeller. Fiil işlendikten sonra cezanın verilmesi ise aynı suçun yeniden işlenmesine mani olur."⁷ İslam hukuku dışındaki bazı hukuk sistemlerinde de cezaların verilmesinin temelinde bireylerin suç işlemsini engellemek, suçluya hak ettiği cezayı vermek ve toplumu suçtan korumak gibi faktörler yatmaktadır.⁸

a. Hadlerin şüphe ile düşürüleceği ilkesi

Suçlunun cezalandırılmasının temelinde suçun önlenmesi ve toplumun bundan men edilmesi hem de korunması esas olduğundan, suçun sabit olması için birçok şart öne sürülmüş ve bu şartların yerine getirilmemesi halinde cezanın uygulanmayacağı ilkesi kabul edilmiştir. Bu nedenle el-Mebcut'taki ceza bahislerine hâkim olan en temel ilke hadlerin şüphayla düşürülmesidir. Bütün ceza teorisinin bunun üzerine kurulu olduğunu söylemek mümkündür. Serahsî bunu bir yerde açık bir şekilde şöyle ifade eder: "Hadleri düşürmek için hal çaresi (ihtiyâl) aramakla emrolunduk."⁹ Bu

5 Hadlerin cezaları engelleyici özelliği başka müellifler tarafından da dile getirilmektedir. Örnek olarak bkz. Zencânî, Osman b. Ali, *Tebyînü'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik* (Ahmed 'İzzû 'Înâyet), Beyrut 2000, III, 538-539.

6 Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl, *el-Mebcut*, (nşr. Ebû Abdillâh Muhammed Hasan İsmail), Beyrut 2001, IX, 41.

7 İbnü'l-Hümâm, Kemalüddin, *Fethu'l-Kadir* (Abdurrezzak Gâlib el-Mehdî), Beyrut 2003, V, 196.

8 Dolu, Osman, *Suç Teorileri: Teori, Araştırma ve Uygulamada Kriminoloji*, Ankara 2010, s. 88.

9 Serahsî, *el-Mebcut*, IX, 58.

çerçeve de Hz. Peygamber (s.a.s)'in "Hadleri şüpheler sebebiyle düşürün" hadisini rivayet etmiştir.¹⁰ Ayrıca Hz. Ömer'in, "Elinizden geldiğince cezaları düşürün, devlet başkanının affetmede hata yapması cezayı uygulamada yapacağı hatadan daha hayırlıdır. Eğer bir Müslüman için cezayı uygulamama hususunda bir çıkış bulursanız ondan haddi düşürün" sözünü de aktarmıştır.¹¹ Serahsî başka birkaç yerde ise "had cezası der' ve iskân üzerine kurulmuştur (الحد مبنی علی الدرء والإسقاط)" diyerek bunu açıkça ifade etmektedir.¹² Kitapta buna dair birçok misal bulunmaktadır. Örneğin Serahsî zina haddini anlatırken dört şahit şartının, hâkimin şahitlere zina yerini, vaktini vb. sorular yöneltmesinin temel gerekçesinin ağır olan cezanın yanlışlıkla uygulanmasını engellemek olduğunu belirtir. Bu nedenle, şüpheli bir durum söz konusu olunca bundan sanığın yararlanarak, cezanın düşüleceğini ifade etmektedir. Bununla ilgili olarak "Kadı'nın haddi düşürmek için çözüm aramaya (ihtiyâl) yetkili olduğunu" kaydeder.¹³ Günümüz hukuk sistemlerinde de şüpheden sanığın yararlanacağı, ceza yargılaması hukukunda uygulanan bir ispat ilkesi olmuştur.

Zina cezasıyla ilgili şahitlik sürecinde de benzer bir eğilimin olduğu görülür. Örneğin şahitlerden birinin, bir şahsın zina işlediğine dair önce yaptığı şahitlikten daha sonra çekilmesi durumunda doğacak sonuçlar hususunda fıkıh bilginleri arasında ihtilaf bulunmaktadır. Çekilme durumunun hâkimin karar vermesinden önce olması, hâkimin kararından sonra fakat cezanın uygulanmasından önce olması, bir kişinin çekilmesine bağlı olarak diğer şahitlerin şahadetlerinin geçerliliği ve bu tür bir durumda şahitlikten çekilen ile diğer şahitlere hadd-i kazif uygulanıp uygulanmayacağı gibi ihtimaller üzerinde durulmaktadır. Buna göre, bir kimsenin, hâkim hüküm vermeden önce veya verdikten sonra şahitlikten çekilmesi söz konusu olursa zina cezası uygulanmaz; her iki durumda da cezanın uygulanabilmesi için şüphe bulunduğundan burada çekilmenin hâkimin hükmünden önce olması ile sonra olması arasında herhangi bir fark yoktur. Serahsî bu durumu "Kazadan sonra ortaya çıkan engelleyici durum ile kazadan önce ortaya çıkan durum şüphe sebebiyle haddin düşürülmesi hususunda aynıdır." şeklinde izah etmektedir. Bu çerçevede Hanefî fakihler arasında konuya değişik şekillerde yaklaşan mücteditlerin görüşlerini aktardıktan sonra "Görülüyor ki had cezası, aleyhinde şahitlik yapılan kişiden şüpheler sebebiyle düşer." diyerek konunun dayanmış olduğu ilkeyi vermektedir.¹⁴

10 Serahsî, *el-Mebcut*, IX, 60.

11 Serahsî, *el-Mebcut*, IX, 63.

12 Serahsî, *el-Mebcut*, IX, 123, 124.

13 Serahsî, *el-Mebcut*, IX, 44. Hadlerin şüphe sebebiyle düşürüleceğiyle ilgili başka örnekler için bkz. Serahsî, *el-Mebcut*, IX, 48.

14 Serahsî, *el-Mebcut*, IX, 54. Başka örnekler için bkz. IX, 58, 63, 76, 85, 88, 100, 107, 110, 119, 120, 122, 138, 150, 152, 173, 177, 180, 182, 196, 199, 218, 220, 222, 228.

Hadlerin şüphe ile düşürüleceği teorisi üst bir ilke olup onun altında olan bazı prensipler (ilkeler, umdeler) bu sebepten dolayı terk edilmiştir. Bununla ilgili birçok örnek bulunmakla beraber Mecelle’de geçen dilsizin işaret-i ma’hûdesi lisan ile beyan gibidir¹⁵ kadesinin cezalar söz konusu olduğunda uygulanmadığı görülür. Serahsî’ye göre, işaret ve kitabet ile ikrarda bulunsa veya başkaları onun zina ettiğine dair şahitlikte bulunsa da dilsiz olan bir kimseye, başta zina haddi olmak üzere diğer hadler uygulanmaz. Çünkü işaret ile zina işlediğini söylese “işaret ibareye bedeldir” ve had bedele dayanılarak uygulanmaz. Hanefî fakihlere göre bir kimseye zina haddinin uygulanabilmesi ancak onun zina lafzını kullanarak o fiili işlediğini belirtmesine bağlıdır; dilsiz de bunu söyleyemeyeceğine göre kendisine ceza uygulanmaz. Kitabet de aynı şekilde ibareye bedel olduğundan buna dayanılarak had uygulanmaz. Şahitlerin kendi aleyhine yaptığı şahitliği ret ederek haddin düşmesine neden olabilecek bir gerekçe gösterme ihtimaline bağlı olarak bu tür bir şahitliğe dayanılarak kendisine had cezası uygulanmaz.¹⁶

Yukarıdaki örneklerde görüldüğü üzere suçların bir toplumda işlenmesi sadece suçlu ve mağdur açısından düşünülmemiş, daha genel bir çerçevede değerlendirilerek toplumda yol açtığı tahribat da dikkate alınmıştır. Suçluya verilecek ceza ile suça muhatap olan mağdurun haklarının korunmasının yanı sıra; toplumda güvensiz bir ortamın oluşmasını engelleme çabasının da ceza hukukunda gözetildiği görülür. Böyle bir yaklaşımın temelinde, işlenen her suçun, bireysel mağduriyetin fevkinde bir durum arz edip topluma karşı bir saldırı mahiyetine sahip olması düşüncesi yatmaktadır. Bu durum kendisini, işlenen suçlara verilecek cezaların ağırlığı nispetinde suçun sabit olması için öngörülen şartların da ağır olmasında göstermektedir. Ceza uygulanmadan önce şüphe vb. durumların cezayı düşürücü mahiyette olması, işlenen suçun toplumda yayılmasının önüne geçilmesi amacıyla yakından ilişkilidir. Dolayısıyla işlenen suçun zayıf bazı karinelerle hemen ifşa edilmeyip, sağlam delillere dayanarak sabit olmasının teminine yönelik sıkı şartlar öne sürülmüş ve şüphe durumunda cezanın uygulanamayacağı bir ilke olarak benimsenmiştir.

Serahsî, hadlerin şüphelerle düşeceğini sadece genel fikhî kaidelere dayalı olarak ele almamış, daha alt kaideler olan dâbitlara da bu konuda müracaat etmiştir. Örneğin Hanefî fakihlerin çoğunluğuna göre emanetçinin, mudâribin, ödünç alanın (müste’îr), gaspçının ve rehin alanın yanında bulunan bir malı çalan kişiye hırsızlık cezası uygulanır. İmam Şafî ile İmam Züfer’e göre ise mal sahibi mahkemede hazır bulunmadıkça ceza uygulanamaz. İmam Züfer’e göre bu kişilerin dava açması mal sahibi-

15 Mecelle, 70.

16 Serahsî, *el-Mebcut*, IX, 113. Bedele dayanılarak had uygulanmayacağına dair başka örnekler için bkz. Serahsî, *el-Mebcut*, IX, 122, 132.

nin vekilinin dava açmasıyla aynı olup buna dayanarak hırsızlık cezası uygulanmaz. Mal sahibi mahkemede hazır bulunduğu anda, malın hırsıza ait olduğunu veya onun söz konusu malı kendi izniyle aldığını iddia etme ihtimali bulunduğu andan burada bir şüphe söz konusudur. Bu durumda ceza verilirse, ceza böyle bir şüpheye dayalı olarak uygulanmış olur ki “şüphelerle düşen cezalar, şüphenin bulunması durumunda uygulanmaz.”¹⁷ Serahsî, sadece kendisinin kabul ettiği görüşü kaidelere dayalı olarak aktarmamış, aynı zamanda benimsemediği görüşü ele alırken bu yaklaşımın dayanmış olduğu ilkeleri de vererek görüş ayrılığının asıllar üzerine kurulu olduğunu ortaya koymuştur.

b. Mezhepler arası ihtilaflar veya mezhep içi görüş ayrılıklarında fikhî kaidelerin rolü

Temel kaynaklarda fikhî kaidelere birçok amaçla müracaat edilmiştir. Özellikle mezhepler arası ihtilaflar başta olmak üzere, bir mezhepteki görüş ayrılıkları izah edilirken bu kaidelere atıfta bulunmaktadır. Fıkıh bilginlerinin görüş ayrılıklarının temelinde konu ile ilgili naslar bulunsun da kaidelere, savunulan görüşü temellendirmek için destekleyici bir delil olarak başvurulması fûru' kaynaklarda, özellikle de şerhlerde sıklıkla müracaat edilen bir durumdur. Serahsî de hem başka mezhepler ile olan ihtilafları hem de Hanefî fakihler arasındaki görüş ayrılıklarını izah ederken tarafların farklı yaklaşımlarını, esas aldıkları kaideler ile açıklama yoluna gitmiştir. Örneğin sabi ile mecnunun zina etmesi halinde kendilerine ceza verilip verilmeyeceğine dair bir konuyu ele alırken, İmam Şâfiî ile olan bir ihtilafı, tarafların esas aldıkları kaide üzerinden açıklamıştır. Buna göre, eğer mecnun birisi bir bayanı zorlayarak onunla ilişkiye girmişse, Hanefî mezhebine göre her ikisine de ceza uygulanmaz. Bu durumda kadın ikrah altında bu fiili işlemiş; erkek ise mecnun olduğu için edâ ehliyeti bulunmadığından cezaî ehliyete sahip değildir ve bu nedenle kendisine ceza uygulanmaz. Aynı şekilde akıllı ve baliğ bir bayan, mecnun veya sabi olan bir kimse ile kendi rızasıyla ilişkiye girmişse kendisine had uygulanmaz. İmam Şâfiî uygulanacağı görüşündedir: Ona göre zina, akitsiz olarak bir araya gelmektir ve kadın burada akitsiz bir şekilde cinsel ilişkide bulunmuştur. Dolayısıyla taraflardan birisinin ehliyetinin olmaması haddi kendisinden düşürmekle beraber ötekenden düşürmez. Hanefîler bundan farklı bir yaklaşımla bu meseleyi ele almışlardır. Şöyle ki: Kadın günah işleme ve yasak sorumluluğu olmayan birisiyle bu ilişkiye girmiştir. Kocasıyla meşru yollardan ilişkiye girmesi gibi bu durumda da kendisine had uygulanmaz. Çünkü günah ve yasak şer'î hitap üzerine kuruludur ve sabi ile deli bu hitabın muhatabı değildir. Bunun izahı ise şöyledir: Cinsel ilişkide erkek mübaşir, kadın ise ona tabidir. Eğer fiilin aslı,

17 Serahsî, *el-Mebcut*, IX, 171.

yani erkeğin fiili, zina değilse ona tabi olarak meydana gelen fiil, yani kadının içinde bulunduğu durum da zina olmaz. Çünkü “Tabi olanın sübutu aslın sübutuna bağlıdır.” Bu durumda sabi ile mecnunun fiili her ne kadar dil bakımından zina kabul edilse de şer‘an zina değildir. Şer‘î olarak zina, şer‘î hitap sebebiyle kendisinden uzak durulması gereken bir fiildir; sabi ve mecnun da bu hitaba muhatap olmadıkları için onların yaptığı bu fiil zina olarak isimlendirilemez. Bu durumda şer‘an sabi ve mecnun bakımından zina fiili söz konusu değilse, kadın için de söz konusu değildir.¹⁸ Bu kaide Mecelle’de “Vücutta bir şeye tâbi‘ olan hükümde dahi ona tâbi‘ olur.” ve “Tâbi‘ olan şeye ayrıca hüküm verilmez.” şeklinde yer almaktadır.¹⁹

Benzer bir tartışma konusu da ikrah altında zina eden kişiye verilecek ceza hakkındadır. Bu tartışmada da Serahsî, tarafların görüşlerini kavaiidi esas alarak açıklama yoluna gitmektedir. Ebû Hanife’ye göre ikrah eden devlet başkanınca zina edene had gerekmez. Çünkü had cezası zina işlemekten caydırma amacıyla konulmuştur. Devlet başkanının ikrahıyla zina eden kişi ise kendisini helak olmaktan kurtarmak için bu fiili işlemiştir. Fakat devlet başkanı dışında birisinin zorlamasıyla zina işlemişse kendisine had cezası gerekir. Çünkü devlet başkanı bir kimseyi tehdit etmişse bunu yapmaya gücü yeter, ama devlet başkanı dışında birisinin tehdidinde maruz kalan kişi hemen devlet başkanına sığınır ve kendisini bu şekilde muhafaza eder. Tehdit altındaki kişinin devlet başkanına sığınıp yardım alamaması ise nadirdir ve “nadir olanın hükmü yoktur.”²⁰ Serahsî, Mecelle’de “itibar gâlib-i şâyi‘adır, nadire değildir”²¹ şeklinde geçen bu kaideyi, Ebû Hanife’nin görüşünü izah ederken aktarmaktadır.

Fikhî kaidelerin bir fonksiyonu da nasların yorumlanmasında kendilerine müracaat edilmesidir. Özellikle mezhepler arası ihtilaflarda, tarafların kendi görüşlerini esas aldıkları nasların yorumu ile ilgili olarak birbirlerini eleştirdikleri ve bunu yaparken fikhî kaidelere dayandıkları görülür. el-Mebhut’ta “bir şey bazen mübaşire bazen de müsebbibe izafe edilir” şeklinde geçen dar çerçeveli bir kaide buna örnek verilebilir. Hanefî fakihlere göre efendinin köle veya cariyesine had cezası uygulama yetkisi yoktur. İmam Şafiî ise sırf Allah hakkı olan had cezalarında kölenin suçu işlediğini itiraf etmesi veya efendinin, kölenin suçu işlediğini görmesi durumunda had cezasını uygulayabileceği görüşündedir. İmam Şafiî bu konuda birkaç hadisi delil getirmekte ve en başta Hz. Ali’nin rivayet ettiği “Elinizin altındaki köle ve cariyelere had cezalarını uygulayınız.” şeklindeki hadisi görüşüne kaynak olarak aktarmaktadır. Serahsî, onun delil olarak getirdiği bu hadisin iki şekilde tevیل edilebileceğini ifade etmektedir.

18 Serahsî, *el-Mebhut*, IX, 62.

19 Mecelle, 47, 48.

20 Serahsî, *el-Mebhut*, IX, 67.

21 Mecelle, 42.

Buna göre, hırsızlık cezasını bildiren ayette “Onların ellerini kesin” ifadesi yöneticileri muhatap aldığı gibi buradaki emir de yöneticilerdir. Ellerinin altında bulunan köle ve cariyelere duydukları şefkat sebebiyle bu cezayı uygulamaktan kaçınmalarını için yöneticilere bu emredilmiştir. İkinci ihtimal ise efendilerin suçu hâkime bildirmelelerinin emredilmesidir ki, bu durumda onlar mübaşir değil de müsebbip olarak cezanın dolaylı uygulayıcıları olurlar.²² Serahsî, burada görüldüğü üzere nassı yorumlarken söz konusu kaideyi kendi görüşüne destekleyici bir delil olarak müracaat etmiştir.

Serahsî, mezhep içi fikhî tartışmalarda genellikle kabul etmediği görüşün delillerini önce, kabul ettiği görüşün delillerini de sonra aktararak bunları mukayese eder. Her iki tarafın delillerini inceleyen Serahsî, bazen müctehidlerin görüşlerine dayanak teşkil eden kaidelere de bu çerçevede yer vermektedir. Bunu yaparken kabul etmeyip eleştirdiği fakihlerin görüşlerine esas olan kaideleri de zikretmektedir. Bununla ilgili bir örnek, şahitlerin durumunun hâkim tarafından araştırılması ile ilgili bir ihtilafta geçmektedir. Buna göre, hırsızlık cezası büyük bir ceza olduğu için yanlışlık yapıldığında telafisi mümkün olmaz. Adaletleri ortaya çıkana kadar şahitlerin durumu şüpheli olduğu için şüphe ile düşen had ve kısas cezaları şüphe söz konusuyken uygulanmaz. Ancak had ve kısas dışındaki şüpheli düşmeyen cezalarda Ebû Hanife'ye göre hâkim, somut bir delil olmadıkça şahitlerin durumunu soruşturmadan hüküm verebilirken, İmam Muhammed ile Ebû Yusuf'a göre onları soruşturmadan ceza veremez.²³ İmam Muhammed ile Ebû Yusuf'a göre, fasık bir kimse haber getirdiğinde hâkim onu araştırmakla yükümlü olduğu gibi, şahitlerin fasık olup olmadığını da tetkik etmek zorundadır. Bu da ancak tezkiye ile mümkündür ve tezkiye de şahitler hakkında soruşturma yapmakla ortaya çıkar. Soruşturma yapmadan önce onların güvenilirliği görünüşe (zahir) göredir. Oysa “Zahir durum istihkakı ispat için değil istihkakı def için hüccettir.”²⁴ Bu durumda İmam Muhammed ile Ebû Yusuf'a göre, zahir durum yeni bir hak doğurmak için değil, başkasının hak sahipliğine karşı ileri sürülmek için delildir.

Yukarıdaki örnekte görüldüğü üzere Serahsî, kabul etmediği görüş sahiplerinin esas aldıkları kaideleri aktarmaktadır. Benzer bir şekilde benimsediği yaklaşımın de-

22 Serahsî, *el-Mebcut*, IX, 95. Mecelle'de geçen “mübâşir yani bizzat fâil ile mütesebbib müctemi' olukda hüküm ol fâile muzâf kılıdır”, “mübâşir müteammid olmasa da zâmin olur” ve “mütesebbib müteammid olmadıkça zâmin olmaz” kaideleri mübaşir ve müsebbip ile ilgili meseleleri düzenlemektedirler. Bkz. Mecelle, 90, 92, 93.

23 Serahsî'ye göre hâkim, bir kimsenin hırsızlık yaptığı hususunda tanıklık yapan kişileri tanıımıyorsa, onlar hakkında soruşturma yaptığı süre zarfında sanığı gözaltında tutar. Onu kefaletle serbest bırakmaz. Bu görüşünü de “Allah haklarında kefalet yoktur.” dâbıtıyla desteklemektedir. Bkz. Serahsî, *el-Mebcut*, IX, 169.

24 Serahsî, *el-Mebcut*, IX, 201-202.

lillerini incelerken de fikhî kaidelere müracaat etmektedir. Yol kesenlere (kuttâ‘u‘t-tarîk) uygulanacak ceza ile ilgili olarak Hanefî fakihler arasında vuku bulan görüş farklılığını açıklarken böyle bir yöntem takip etmektedir. Buna göre, yolunu kestikleri insanların hem mallarını almış hem de onları öldürmüşlerse Ebû Hanife‘ye göre bunlara hem el kesme hem de ölüm cezası verilir. Onların ellerini kesmeyi gerektiren sebep, başkasına ait malları almaları; ölüm cezasına çarptırılmalarının sebebi ise orada bulunan insanları öldürmeleridir. Dolayısıyla her iki fiil de onlarda bulunduğu için hem el kesme hem de ölüm cezası uygulanır, çünkü “Hüküm sebebin sübutuyla sabit olur.”²⁵

c. Fikhî görüşlerin illeti olarak kaideler

Meseleleri geniş bir şekilde ele alan şerhlerde varılan hükümlerin illetlerini izah ederken fikhî kaidelere yer verilmektedir. Özellikle mezhep imamlarının çeşitli konularla ilgili yaklaşımlarını inceleyen fakihler, söz konusu görüşlerin dayanmış olduğu delilleri veya illetleri teferruatlı bir şekilde açıklamaya çalışmaktadırlar. Bunu yaparken, kimi zaman varılan hükmün dayanmış olduğu nasları ele almakta, kimi zaman da ilgili meselenin dayanmış olduğu illeti aktarmaktadırlar. Bu yöntem erken dönem mezhep müktesebatını açıklamaya çalışan Serahsî‘nin el-Mebcut‘unda oldukça fazla görülmektedir. Örneğin Serahsî, zina ikrarında bulunup muhsan olduğunu inkâr eden kimsenin durumu hakkında İmam Muhammed‘in görüşünü aktardıktan sonra bunun dayanmış olduğu illeti bir kaideyi esas alarak aktarmaktadır. Buna göre dört defa farklı meclislerde zina yaptığını ikrar edip muhsan olduğunu inkâr eden bir kimsenin muhsan olduğuna dair şahitlikte bulunulsa kendisine zina cezası uygulanır. Çünkü beyyine ile sabit olan ikrar ile sabit olandan daha kuvvetlidir. Şahitlerin onun muhsan olduğuna dair ifadeleri kendi ikrarından daha kuvvetli kabul edilmektedir. Burada Serahsî başka herhangi bir delil zikretmeden doğrudan bu kaideyle hükmü gerekçelendirmiştir.²⁶ Beyyinenin ikrara göre daha güçlü bir delil oluşu sadece ceza hukukuna ait bir kaide olmayıp fikhın diğer konularını da kapsamaktadır. Örneğin ikrar ile sabit olan nesep hakkında, beyyine ileri sürülebilir ve bu dikkate alınır. Aynı şekilde bir ölünün borcu olduğuna dair beyyine ileri sürülse ve bu da mahkemece kabul edilse, vârislerin hepsi bundan etkilenir. Buna karşılık vârislerden biri murisi hakkında bir borç ikrarında bulunsa bu ikrar sadece kendisi için geçerli olup diğer

25 Serahsî, *el-Mebcut*, IX, 230.

26 Serahsî, *el-Mebcut*, IX, 109. Başka örnekler için bkz. Serahsî, *el-Mebcut*, IX, 112, 134. Benzer yaklaşımlara Kâsânî‘de de rastlanmaktadır. Bedâi‘deki örnekler için bkz. Kızılkaya, Necmettin, Hanefî “Furû-ı Fıkıh Eserlerinde Fikhî Kaidelerin Uygulama Alanına Bir Örnek Olarak Bedâi‘u-s-Sanâi‘”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2006/8, s. 79-98.

vârisleri etkilemez. Bu durum Mecelle'de "Beyyine hüccet-i müteaddiye ve ikrar hücceti kasıradır." şeklinde geçmektedir.²⁷

Fıkıh ilminde, önceki nesillerin görüşlerinin gerekçeleri izah edilirken her müctehidin yaşamış olduğu dönem ve kendisini çevreleyen şartlar dikkate alınmıştır. Özellikle Ebû Hanife'nin vermiş olduğu bazı fetva ve hükümlerin kendi yaşadığı dönemin koşullarıyla olan ilişkisi sebebiyle onların bu çerçevede yorumlanması gerektiğini izah eden sonraki dönem fakihler, bu durumu birçok zaman kaidelerle izah etme yoluna gitmişlerdir. Bu da kaidelerin, hükümlerin gerekçesini izah ederken kendisine müracaat edilen yorumlayıcı bir kaynak olduğunu göstermektedir. Örneğin Serahsî, "Hüküm nadir üzerine bina edilmez."²⁸ kaidesini böyle bir bağlamda aktarmaktadır. Ebû Hanife'ye göre eşkıyaların yerleşim birimlerinde veya birbirine çok yakın iki merkez arasında insanların yolunu kesip mallarını almaları durumunda kendilerine hırsabe cezası uygulanmaz; aldıkları malları geri verme, sürgün ve hapis ile cezalandırılırlar. Çünkü hırsabe cezasının uygulanmasının sebebi, yol kesmektir ve bu da şehir merkezlerinde değil yerleşim birimleri dışında olur. Serahsî, bazı müteahhirin âlimlerin, Ebû Hanife'nin bu hükmü kendi zamanının adetlerine göre verdiği kanaatinde olduklarını belirtir. Çünkü o dönemde insanlar şehir ve köylerde kendi silahlarını yanlarında taşıdıkları için yol kesiciler onlara saldırmaya ve mallarını almaya yeltenmiyorlardı. Bu durumda, müteahhirin âlimler, eşkıyaların yerleşim birimlerinde yaşayan insanlara saldırmalarının nadir olacağı ve hükmün nadir olan üzerine bina edilemeyeceğini söylerler. Hâlbuki Ebû Hanife'den sonra insanların yerleşim birimlerinde silah taşıma âdetini terk etmeleri sebebiyle yol kesicilerin onlara saldırarak mallarını almaya yeltenebileceklerini ve bunun da hırsabe cezasını gerektirdiğini söylerler.²⁹

d. Fikhî kaidelerin ifade yapısı

Kavâid literatürüne ait eserlerde veciz ifade yapısına sahip bir şekilde karşımıza çıkan kaideler, belirli aşamalardan geçerek rafine hale getirilmişlerdir. Bu kaidelerin ilk şekillerine erken dönem metinlerde rastlamak mümkündür. Yaklaşık beş asırlık bir süre zarfında belirli bir ifadeye kavuşan bu kaidelerin kaynaklarının fûru' fıkıh kitapları olduğu ve kavâid müelliflerinin, fûru' eserlerde yer alan ilkeler ile fer'î hükümlerin birleştiği ana noktaları bir araya getirerek bu fikhî kaideleri elde ettiklerini söylemek mümkündür. Örneğin "zaruretler memnu' olan şeyleri mubah kılar" (الضرورات تبيح المحظورات)³⁰ şeklindeki kaide, el-Mesbut'ta "Zaruret ihtiyaç miktarınca başkasının

27 Mecelle: 78.

28 Bu kaide Mecelle'de itibar gâlib-i şâyi'adır, nâdire değildir şeklinde geçer. Bkz. Mecelle: 42.

29 Serahsî, *el-Mesbut*, IX, 236-237. Serahsî, aynı meseleyi ele alırken "Sebep olmaksızın hüküm sabit olmaz" şeklindeki usul kaidesine de yer vermektedir.

30 Bkz. el-Hâdimî, *Mecâmi' u'l-hakâik*, s. 45; Mecelle, 21.

malından yemeği mubah kılar.” (الضرورة تبيح تناول من مال الغير بقدر الحاجة) şeklinde geçmektedir. İfadenin sonunda bulunan “ihtiyaç miktarınca” kaydı, daha sonraki dönemlerde kaleme alınan kavâid eserlerinde, “zaruretler kendi miktarlarınca takdir olunur” (ما (أبيح للضرورة يتقدر بقدرها)³¹ şeklinde geçmektedir. Serahsî bu kaideyi hırsızlık cezasıyla ilgili bir konuyu anlatırken zikretmiştir. Buna göre, zorda kalan ve açlık sebebiyle bir şey çalıp yiyen kişiye hırsızlık cezası uygulanmaz. Çünkü “zaruret ihtiyaç miktarınca başkasının malından yemeği mubah kılar.”³²

Mecelle'nin başında geçen “bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir” kaidesi de fikhî kaidelerin ifade yapılarının zamanla oturduğuna örnektir. Bu kaide, ‘Alâî'nin (v. 761/1360) el-Mecmû'ü'l-Müzheb fi Kavâ'id-i'l-Mezheb'i ile Suyûtî'nin (v. 911/1505) el-Eşbâh ve'n-Nezâir fi Kavâ'id ve Furû'i Fıkhi's-Şafi'iyye'si gibi Şafiî kavâid eserlerinde ilk kaide, Hanefî İbn Nüceym'in (v. 970/1562) el-Eşbâh ve'n-Nezâir'inde ise ikinci kaide olarak yer almaktadır.³³ Bu kaide, fıkıh kitaplarında ibadetlerden muamelelata, ukubattan münâkehâta birçok başlık altındaki konuya hâkim olan bir prensiptir. Serahsî, Ebû Yusuf'un hırsızlık ile ilgili bir görüşünü el-İmlâ' isimli eserinden naklederken, bu kaideyi “Hüküm, fiilden gözetilen amaç üzerine bina edilir.” (بناء الحكم على ما هو المقصود) şeklinde aktarmıştır. Buna göre, bir kimse bir eve girmeden elini içeri sokup bir şey çalsa, Ebû Yusuf dışında kalan Hanefî fakihlere göre bu şahsa hırsızlık cezası uygulanmazken, Ebû Yusuf uygulanacağı görüşündedir. Çünkü o, koruma altında olan bir malı (mâlî muhrez) çalmıştır ve bu durum eve girip malı çalmak gibidir. Çünkü hırsızlıktaki amaç malın alınmasıdır, yoksa korunduğu yere girmek değildir. Hüküm de fiilden gözetilen amaç üzerine bina edildiğine göre, bunu yapan şahsa hırsızlık cezası verilir.³⁴ Burada görüldüğü üzere kaide daha sonra kazanmış olduğu kapsayıcılığa ve veciz ifade yapısına sahip değildir. Kavâid eserlerinde geçen (الأمور بمقاصدها) ifadesindeki el-umûr, hükümden daha genel bir yapıya sahiptir.

2. el-Mebus'ta dâbıtların işlevi

Serahsî eserini kaideler üzerine kurmakla beraber, ortaya koyduğu yaklaşımı desteklemek amacıyla dâbıtlara sıkça müracaat etmektedir. Yapıları itibarıyla ilgili oldukları konuya doğrudan delalet etmeleri sebebiyle dâbıtlara fikhî tartışmalarda

31 Bkz. el-Hâdimî, *Mecâmi'ü'l-hakâik*, s. 46; Mecelle, 22.

32 Serahsî, *el-Mebus*, IX, 165.

33 Bkz. el-'Alâî, Ebû Sa'îd Halil b. Keykeldî, *el-Mecmû'ü'l-Müzheb fi Kavâ'id-i'l-Mezheb*, (nşr. Muhammed b. Abdülga'far b. Abdurrahman el-Şerîf), Kuveyt 1994, I, 255; es-Suyûtî, Celalüddin, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir fi Kavâ'id ve Furû'i Fıkhi's-Şafi'iyye*, (nşr. Muhammed Mu'tasım Billah el-Bağdâdî), Beyrut 1987, s. 38; İbn Nüceym, Zeynüddin b. İbrahim, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, (nşr. Muhammed Mutî' el-Hâfız), Dimaşk 1983, s. 22; Mecelle, 2.

34 Serahsî, *el-Mebus*, IX, 174.

çokça yer verilmektedir. Kaidelerle kıyaslandığında meseleleri düzenleme özellikleri ve mezhebin temel eğilimlerini yansıtmaları sebebiyle bir mezhebin yaklaşımını belirli sabiteler üzerine oturtma ve muhalif görüşlere karşı mantıksal tutarlılığını ortaya koyma fonksiyonu ön plana çıkan bu alt prensipler, fıkıh eserlerinde kaidelerden daha fazla kullanılmaktadırlar. Örneğin Serahsî, Hanefî mezhebinin recm cezasına çarptırılacak kişiye ayrıca celde cezası verilemeyeceğine dair görüşünü tartışırken önce konuyla ilgili Hz. Peygamber (s.a.s)'in uygulamasını aktarmış, daha sonra recm gibi bir cezanın oldukça ağır olduğunu ve recme hükmedildikten sonra celde cezası vermenin faydasız olacağını ifade etmiş, bu görüşünü de “Kendisinde fayda olmayan şey şer‘an had olmaz.” dâbıtıyla desteklemiştir.³⁵ Buradaki faydadan kasıt, suçun işlenmesini önleme özelliğidir.

Ceza hukukuna hâkim olan ve had cezaları uygulanırken göz önünde bulundurulacak önemli bir dâbit vardır. O da “Ölüm cezasından daha hafif olan had cezaları hastalık halinde uygulanmaz.” ilkesidir. Bununla gözetilen gaye, uygulanacak cezanın ağırlığıyla hastalığın birleşmesi durumunda cana bir zararın gelmesinin önüne geçmektir. Çünkü ölüm cezasının altında olan cezalarda, suçluyu caydırarak aynı suçu bir daha işlememesini sağlamak hedeflendiğinden, herhangi bir organını sakat bırakacak bir cezayla canına zarar verecek nitelikte bir cezanın uygulanması önlenmeye çalışılmıştır. Serahsî'ye göre zina suçu işleyen kadın hamileyse, cezası, çocuğunu doğurana kadar ertelenir. Doğum yaptıktan sonra celde cezasına çarptırılacak ise lohusalık dönemini geçirmesi beklenir. Çünkü lohusalık hastalık hükmündedir. Ölüm cezasından daha hafif olan had cezaları hastalık halinde uygulanmaz ilkesine göre celde cezasının acısıyla doğum acısı birleşince suçlunun ölümüne yol açabilir ki bu, uygulanan cezayla gözetilen maksat değildir ve kadın böyle bir cezayı hak etmemiştir. Bu nedenle nifas süresi bitinceye kadar beklenir, ardından celde cezası uygulanır.³⁶

“Beyyine ile sabit olan, davalının ikrarı ile sabit olan gibidir.” Aleyhinde şahitlikte bulunulan kişi, şahitlerden birinin faiz yiyen veya içki içen ya da kendi aleyhinde şahitlik yapması için kiralanan bir kimse olduğunu iddia etse, İbn Ebî Leylâ'ya göre bu durum tanıgın güvenilirliğini zedeler. Beyyine ile ispatlanma imkânı olan bu durum, lehinde şahitlik yapılan kişi ile şahidin bizzat kendisinin ikrarda bulunmasıyla aynı olup buna bağlı olarak hüküm verilmez. Dolayısıyla davalının bu durumu beyyine ile ispatlaması da aynıdır. Çünkü “Beyyine ile sabit olan, davalının ikrarı ile sabit olan gibidir.”³⁷ Serahsî'nin sadece Hanefî mezhebine ait görüşlerin açıklanmasında kaide-

35 Serahsî, *el-Mebcut*, IX, 42.

36 Serahsî, *el-Mebcut*, IX, 84.

37 Serahsî, *el-Mebcut*, IX, 97.

lere müracaat etmediği, başka müctehidlerin de görüşlerini, üzerine kurulu oldukları kaidelerle verdiği görülmektedir.

3. el-Mebсут'ta usul kaidelerinin kullanım alanları

Serahsî, el-Mebсут'ta fikhî kaide ve dâbitların yanı sıra dil ve usul kaidelerine de müracaat etmiştir. Özellikle çeşitli konuları izah ederken usul kaidelerini sıkça kullanması, ele alınan fer'î meselelerin usul ile ilişkisini göstermesi bakımından önemlidir. Örneğin Serahsî, zina cezasının uygulanabilmesi için gerekli olan muhsan olma şartını tartışırken, kadın ile erkek arasında cinsel ilişkinin vuku bulunduğunu belirten sözcüklerin izahında açık bir şekilde bu ilişkiye işaret eden kelimelerin yanı sıra mecazen ifade edenlerin de kullanılabileceğini açıklarken “mecaz hakikate muarız olmaz” kaidelerini zikretmiştir. Buna göre mecazen cinsel ilişkiyi ifade eden bir kullanım, hakikaten ifade edene muarız olmamalıdır; bu tür bir durumda hakikati ifade eden dikkate alınır.³⁸

El-Mebсут'ta daha çok şahit ve şahitlik yaparken kullanılan lafızlar ile ilgili tartışmalarda usul kaidelerine müracaat edildiği görülmektedir. Örneğin bir kişinin aleyhinde şahitlikte bulunan kişiler, onun bir kadınla zina ettiğini açıkça söyleme yerine onun cinsel ilişkiye girdiğini söyleseler yaptıkları şahitlik geçersizdir. Çünkü haddi gerektiren durum zinadır ve onların bu ifadesiyle zina ispatlanmamaktadır. Çünkü cinsel ilişki helal yolla olabileceği gibi haram yolla da olabilir. Zina ise cinsel ilişkinin haram yolla olan özel bir şeklidir. Dolayısıyla umumi olan cinsel ilişki ifadesiyle hususi olan zina ispatlanamaz ve bu durumda aleyhinde tanıklıkta bulunulan kişiye ceza uygulanmaz. Serahsî bu durumu “âmm lafız ile hass olan ispat edilmez” şeklindeki usul kaidesiyle temellendirmiştir.³⁹

Fikhî kaide ve dâbitlara gerek mezhepler arası, gerekse mezhep içi tartışmalarda müracaat edildiği gibi usul kaidelerine de bu çerçevede yer verilmiştir. Özellikle mezhebin varmış olduğu sonuca gelebilecek olası itirazlar incelenirken, mezhebin yaklaşımının kendi içinde tutarlı olduğu ispatlanmaya çalışılmış ve bu bağlamda usul kaideleri aktarılmıştır. Bununla ilgili bir örnek eli felçli olan hırsızın verilecek ceza ile ilgilidir. Buna göre hırsızın sağ eli felçli ve sol eli sağlam ise sağ eli kesilir. Ancak sol eli felçli, sağ eli sağlam olsa sağ eli kesilmez. Çünkü hırsızlık cezasının uygulanma şartı organın işlevini tamamen yok etmek değildir. Sol el felçli olduğunda sağ elin kesilmesi tutma işlevini tamamen ortadan kaldırır. Sol elin sağlam olması durumunda sağ elin kesilmesi tutma işlevini yok etmez. Eğer tutma işlevinin yok olması sağ elin kesilmesinden değil de sol elin felçli olmasından dolayıdır şeklindeki bir itiraz gelirse, “iki vasıflı bir illet ile sabit olan hükmün varlığı, bu illetlerden sonuncusuna bağlanır”

38 Serahsî, *el-Mebсут*, IX, 50.

39 Serahsî, *el-Mebсут*, IX, 98.

kaidesiyle cevap vermiştir. Buna göre cezanın uygulanması iki durumdan sonuncusu olduğu için tutma işlevinin yok olması ona izafe edilir.⁴⁰

Sonuç

İslam hukukunun başyapıtlarından biri olan Serahsî'nin el-Mebsut isimli eseri, kavâid edebiyatı açısından önemli bir kaynak olma özelliğine sahiptir. İlk dönem Hanefî fakihlerinin fikhî yaklaşımlarının yanı sıra, başta İmam Şafî olmak üzere diğer müctehidlerin de fikirlerinin detaylı bir şekilde tartışıldığı eserde fikhî kaidelere değişik amaçlar çerçevesinde yer verilmiştir. Bu durum el-Mebsut'u, daha sonra veciz ifade yapılarına kavuşan kaidelerin ilk formlarını müşahede etme ve kavâidin fikhî işlevini inceleme bakımından önemli bir eser haline getirmektedir.

Serahsî'nin el-Mebsut isimli eserini merkeze alarak İslam ceza hukukuna hakim olan fikhî kaidelerin incelendiği bu çalışmada görüldüğü üzere cezalar ile ilgili külli kaideler temelinde olarak ifade edilebilecek üst ilkeler ile daha alt kaide ve dâbıtlar bulunmaktadır. Bütün bu ilke ve kaidelerin, birey ve toplumun maslahatını korumaya yönelik olduklarını söylemek mümkündür. Özellikle korumayı hedefledikleri değerler dikkate alındığında, suçun toplumda yayılmak suretiyle birey ve toplumu maddi ve manevi olarak tahrip edecek ortamların öncelikli olarak ortadan kaldırılmaya çalışıldığı; buna rağmen suçun işlenmesi halinde cezai müeyyidelerin devreye girdiği görülmektedir. Bu müeyyidelerin ortak özelliği de toplumsal yapıyı korumak için suçun işlenmesini caydıracak nitelikte olmalarıdır. Dolayısıyla cezalarda aslolan caydırıcılık kaidesinin el-Mebsut'taki kaide ve dâbıtlara hâkim olduğu ve bununla suçluyu bir daha aynı suçu işlemekten men ederek benzer eğilimlerde olan bireylerin de bu eğilimlerinin önüne geçmenin hedeflendiği anlaşılmaktadır.

Kıyas ve had gibi ağır cezaların verilmesinden önce suçun sübutu için öngörülen şartların sıkı olması, suçun tespit edilmesinden sonra bu tür cezaların uygulanmasının zorunlu oluşu ve kanunun yöneticilere takdir yetkisi tanımaması sebebiyledir. Ölüm, bazı organların tamamen yok olması ve vücuda ağır eziyet veren ceza türleri şeklinde tezahür eden bu cezaların, telafisi mümkün olmayan hasarlar açması sebebiyle bu tür suçlara ceza verilebilmesi için ağır şartlar ön görülmüştür. Bu şartlar da her zaman suçlu lehine işletilmiş ve şüphe durumunda sanığın bundan istifade edeceği ilkesi benimsenmiştir. Bu nedenle fikhî eserlerinde had cezalarının şüpheler ile düşürüleceğine dair hadis bir hukuk ilkesi olarak benimsenmiş ve ceza hukukunun tamamına hâkim bir kaide olarak uygulanmıştır. Bu husus, birçok meselenin bu ilke üzerine bina edildiği el-Mebsut'taki ceza bahislerinde de açık bir şekilde görülmektedir.

40 Serahsî, *el-Mebsut*, IX, 206.

IV/X. yüzyılda yaşayan fakihlerin mezhep müktesebatını gözden geçirerek değişik görüşler arasında yaptıkları tercihlerin sonucunda oluşan genel eğilimin şerh türü eserlerle farklı bir şekil aldığı görülmektedir. Bu yüzyılda yaşayan fakihler, daha çok farklı görüşlerin gerekçeleri üzerinde durarak benimsedikleri veya kabul etmedikleri görüşün üzerine kurulu olduğu deliller ve prensipler üzerinde durmaya başladılar. Bu aynı zamanda söz konusu görüşlerin dayandığı mantıksal tutarlılığın ortaya konması anlamına gelmekteydi ki kaideler bu çerçevede en çok müracaat edilen kaynaklar arasında yer almıştır. Değişik mezheplere veya aynı mezhebe mensup fakihlerin ihtilaf ettikleri konularda ileri sürdükleri aslî deliller dışında görüşlerinin mantıksal analizini yapmaları kaidelere müracaat etmelerini sağlamıştır. Dolayısıyla şerh literatüründe kaidelerin çokça kullanılması, onların fer'î meseleleri izah etme fonksiyonunun belirginleşmesine zemin hazırlamıştır.

Yukarıda verilen örneklerde de görüldüğü üzere fikhî kaideler el-Mebcut'ta çeşitli amaçlarla kullanılmıştır. Bunların başında gerek mezhep içi, gerekse mezhepler arası ihtilaflarda fikhî kaidelere müracaat edilmiştir. Serahsî, özellikle görüş ayrılığına zemin teşkil eden kaide ve dâbitleri, benimsediği görüşü izah ederken kullandığı gibi kabul etmediği yaklaşımın bakış açısına yer verirken de zikretmektedir. Bunu yaparken, zaman zaman tarafların görüşlerini dayandırdıkları nasların yorumunda farklılaşmalarını da fikhî kaideler üzerinden açıklamaktadır.

Fikhî kaide ve dâbitlerin özellikle şerhlerde en çok kullanıldıkları alanların başında fikhî meselelerin illetlerini açıklamak gelmektedir. İlk dönem fakihlerin görüşlerinin dayanmış olduğu illetler tespit edilirken kaideler esas alınmış ve bu durum, fikhî tahrîc yapmaya da olanak sağlamıştır. Özellikle tahrîc yapılırken, önceki meseleler geniş bir şekilde incelenmiş, değişik bölümler ile ilgili birçok fikhî meselenin dayanmış olduğu ortak nokta tespit edilerek bir kaide şeklinde formüle edilmiştir. Bu durum, tahrîc ile tak'îd arasındaki ilişkiyi göstermesi bakımından önemlidir. Bu nedenle, tahrîc yapan fakihlerin aynı zamanda fikhî kaidelere en çok müracaat eden grubu teşkil ettiği görülür.