

İSLAM HUKUKU ARAŞTIRMALARI DERGİSİ

Sayı: 27
Nisan 2016



www.islamhukuku.com

www.islamhukuku.org

www.islamhukuku.net

ISSN 1304-1045

HANEFÎ HUKUK DÜŞÜNCESİNDE HUKUKÎ SORUMLULUĞA ETKİSİ BAKIMINDAN HÜKMÜN ŞARTA İZAFESİ SORUNU

Yrd. Doç. Dr. Ünal YERLİKAYA*

Özet: Cezaî sorumluluktan farklı olarak hukukî sorumluluğun açığa çıkmasında en önemli unsur, fiil ile zararlı sonuç arasında illiyet bağının bulunmasıdır. Bu sebeple İslam hukuk literatüründe, illiyet bağının tespitine dönük tartışmalar önemli bir yer tutmaktadır. Söz konusu tartışmalar, ağırlıklı olarak, illet ve şart kavramlarının ne anlam ifade ettikleri ve zararlı sonuçla ne tür bir ilişki içinde oldukları sorunu üzerinde yoğunlaşmaktadır. Genel olarak bakıldığında, İslam hukuk düşüncesinde zararlı sonucun ve dolayısıyla hükmün illete izafe edilmesi temel bir prensiptir. Bununla birlikte kimi durumlarda zararlı sonucun, illeti temsil eden davranışa değil, şartı temsil eden davranışa izafe edildiği görülmektedir. Zararlı sonucun şarta izafesi konusunda hanefî hukukçuların, diğer hukukçulardan farklı olarak, daha biçimsel bir yaklaşım ortaya koydukları görülmektedir. Bir diğer ifadeyle hükmün illet veya şarta izafesi konusunda hanefîler, *ihitiyârilik* (*ihitiyârî davranış*) unsurunu, hukukî sorumluluğun belirlenmesi bakımından temel bir ölçüt olarak görmektedirler.

Anahtar Kelimeler: Hanefî Hukuk Düşüncesi, Şart, Şart-İllet İlişkisi, Hukukî Sorumluluk.

In Hanafi Legal Thought The Attributing Issue of Provision to Condition in Terms of It's Effect on Legal Responsibility

Abstract: Unlike the criminal liability, the most important factor in the disclosure of legal responsibility is casual connection between behavior and harmful result. Therefore Islamic law literature, the discussions related to identification of casual connection occupies an important place. These discussions mainly are made on the meaning of reason and condition concepts, at the same time on the relation between these concepts and harmful result. In terms of general, in the idea of Islamic law, attributing of harmful result to reason is a basic principle. However it's seen that harmful result is attributed to condition not to reason. In the matter of the harmful result attributing to condition it's seen that hanafi jurists unlike other approached a more formal approach. In other words, in the matter of attributing of provision to reason and condition, hanafi jurists accept voluntary behaviour as basic criteria in terms of determining the legal responsibility.

Keywords: Hanafi Legal Thought, Condition, Relationship Between Condition and Reason, Legal Responsibility.

GİRİŞ

Sorumluluk hukuku bakımından haksız fiil sorumluluğu, bir kimsenin, hukuka aykırı fiiliyle bir başkasına verdiği zararı giderme, bir diğer ifadeyle tazmin etme yükümlülüğünü ifade etmektedir. Haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olabil-

* SDÜ İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı, unalyerlikaya@sdu.edu.tr

mesi için, genel olarak, işlenen fiilin hukuka aykırı olması, fâilin kusurlu davranmış olması, işlenen fiil sonucu bir zararın açığa çıkmış olması ve aynı zamanda fiille zarar (zararlı sonuç) arasında bir illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Sözü edilen hususlar, haksız fiil sorumluluğunun genel unsurlarını oluşturmaktadır. Özellikle kusur ve illiyet bağı ile haksız fiil sorumluluğu arasındaki ilişki bağlamında ifade etmek gerekirse; borçlar hukukunda kusura dayanan sorumluluk dışında ayrıca kusursuz sorumluluğun da var olduğu göz önüne alındığında, haksız fiil sorumluluğunun varlığını tespitte yegâne unsurun kusur değil, illiyet bağı olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü haksız fiille zararlı sonuç arasındaki illiyet bağının varlığı, haksız fiil sorumluluğunun olmazsa olmaz unsurudur. İlliyet bağı ise, açığa çıkan zararlı sonuçla işlenen fiil arasındaki sebep-sonuç ilişkisini ifade etmektedir.

İslâm hukuk literatüründe, haksız fiil sorumluluğunun esası olması sebebiyle, illiyet bağının oldukça detaylı biçimde incelendiği görülmektedir. Esasen, bu çalışmaya da konu edildiği üzere, hanefî hukukçuların, zararlı sonuçla ilişkisi bakımından şart konumunda olan unsurun varlığı ile zararlı sonuç arasındaki ilişkinin niteliğine dönük incelemeleri, illiyet bağına dönük incelemelerin bir parçasını teşkil etmektedir. İlliyet bağının, zararlı sonuçla fiil arasındaki sebep-sonuç ilişkisini temsil ettiği göz önüne alındığında, hükümle, daha doğrusu hükme konu olan zararlı sonuçla şart arasındaki ilişki, hanefî hukuk düşüncesi bakımından zararlı sonucun ve dolayısıyla hükmün şarta izafesi sorunu olarak ortaya çıkmaktadır. Hanefî hukuk düşüncesinde hukukî sorumluluğa etkisi bakımından hüküm-şart ilişkisinin kavranabilmesi ise, öncelikle, hanefî hukuk terminolojisinde, zararlı sonuçla ilişkileri bakımından illet, sebep ve şart kavramlarının neyi ifade ettiği ve bunlar arasında ne tür bir ilişki kurulduğunun tespitine bağlıdır. Bu sebeple, elinizdeki bu çalışmada, hanefî hukukçuların, zararlı sonuçla ilişkisi bakımından illet, sebep ve şartı nasıl tanımladıkları ve tasnif ettikleri; aralarında ne tür bir ilişki kurdukları ve nihayetinde hangi koşulların varlığı halinde zararlı sonucun ve dolayısıyla hükmün şart konumundaki unsura hangi ölçüde izâfe edildiği sorunu inceleme konusu edilmektedir.

A. ARALARINDAKİ İLİŞKİ BAKIMINDAN SEBEP, ŞART VE İLLET KAVRAMLARI

Sebep

Kelime olarak sebep, *yol, ip, kapı* ve *kendisiyle belli bir amaca/sonuca ulaşılan şey/vasıta* gibi anlamlara gelmektedir.¹ Söz gelimi, bir kimsenin bir yerden bir yere

1 et-Tehânevî, Muhammed Ali, *Keşşâfu ıstılâhâtî'l-funûn ve'l-ulûm*, I-II, Mektebetu Lubnân Nâşirûn, Beyrut 1996, I, 924.

giderken kullandığı yol, gittiği yere ulaşmasının sebebi konumundadır. Kullanılan yol sebep hükmünde olduğu için, kişinin gittiği yere ulaşması, bir diğer ifadeyle amacın/sonucun açığa çıkması, yola değil, kişinin o yolda *yürümüne* nispet edilir. Kişinin yürümesi ise, gidilen yere varmanın *illetini* (etken/müessir unsurunu) temsil etmektedir. Hanefî hukuk terminolojisinde, kelime anlamına uygun olarak sebep, genellikle, *hükmü doğrudan açığa çıkaran değil, fakat kendisi vasıtasıyla hükme ulaşılan şey* olarak tanımlanmaktadır.² Sebebin, hükmü doğrudan açığa çıkaran bir unsur niteliği taşınamaması, onun, hükmün açığa çıkmasında etken (müessir) bir unsur niteliği taşımadığı anlamına gelmektedir. Hukukî sorumluluğun sebebi olan zararlı sonuçtan hareketle ifade etmek gerekirse, *zararlı sonucun doğrudan kendisiyle açığa çıktığı unsur (fiil veya durum)* illeti; *illetin açığa çıkması kendi varlığına bağlı olan unsur* da sebebi temsil etmektedir.

İlletin açığa çıkmasının kendi varlığına bağlı olması, sebebin, zorunlu olarak illetten önce gerçekleşen bir unsur, dahası illetin açığa çıkmasının zorunlu bir ön koşulu niteliğinde olduğunu göstermektedir. Nitekim kimi hanefî kaynaklarda, şart-sebep benzerliği ya da ayırımına dönük tartışmalarda, sebebin zorunlu olarak illetten önce gerçekleşen bir unsur olduğu özellikle vurgulanmaktadır.³ Esasen, illetten önce gerçekleşen şart türünün, hükümle ilişkisi bakımından sebebe benzetilerek *sebeb hükmünde şart* olarak isimlendirilmesi, yine sebebin, illetin açığa çıkmasında zorunlu bir ön koşul niteliği taşıyan unsur olduğunu vurgulama amacına matuftur.⁴ Ancak, her ne kadar illetin açığa çıkması sebebin varlığına bağlı ise de, illet, her durumda, sebebin varlığının zorunlu bir sonucu değildir. Bir diğer ifadeyle, illetin açığa çıkması ile sebebin varlığı arasında, kimi durumlarda zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisi söz konusu iken kimi durumlarda söz konusu değildir. Söz gelimi, asılı bir şeyin ipinin kesilmesi durumunda, ipin kesilmesi ile o şeyin düşmesi arasında zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisi söz konusu iken, kazılan kuyuya bir kimsenin düşüp ölmesi durumunda kuyu kazma ile ölüm arasında zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisi söz konusu değildir.⁵ Sebebin varlığı ile illetin açığa çıkması arasında zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisinin bulunması, illetin varlığının ve dolayısıyla hükme konu olan zararlı sonucun sebebe izâfe edileceği; buna bağlı olarak da sebebi gerçekleştiren kişinin, zararlı sonuçtan doğrudan sorumlu tutulacağı anla-

2 es-Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebi Sehl, *Usûlu's-Serahsî*, I-II, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2005, II, 301; Abdülaziz el-Buhârî, Alâuddin b. Ahmed, *Keşfu'l-esrâr an Usûli Fahren'l-İslâm el-Pezdevî*, I-IV, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1418/1997, IV, 242; İbn Nuceym, Zeynuddin b. İbrahim b. Muhammed, *Fethu'l-gaffâr bi şerhi'l-Menâr*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2001, 428.

3 el-Pezdevî, Ebu'l-Usr Fahren'l-İslâm Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Huseyn, *Kenzu'l-vusûl ilâ marîfeti'l-Usûl*, I-IV (Abdülaziz el-Buhârî'nin Keşfu'l-Esrâr'ı ile birlikte), Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1997, IV, 300; Abdülaziz el-Buhârî, IV, 300.

4 Abdülaziz el-Buhârî, IV, 300.

5 Sebep ile zararlı sonuç arasındaki zorunlu sebep-sonuç ilişkisinin örneklendirilmesi ve mahiyeti hakkında bkz. Ali Haydar, Hoca Emin Efendizade (ö. 1915/1334), *Dureru'l-hukkâm şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, I-IV, Dâru Âlemi'l-Kütüb, Riyad 2003, II, 508; Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I-III, İz Yayıncılık, İstanbul 2001, II, 491-490.

mına gelmektedir. Buna karşılık, illetin, sebebin varlığının zorunlu bir sonucu olarak değil, ihtiyârî bir fiil şeklinde açığa çıkması, bir diğer ifadeyle sebebin varlığı ile illetin varlığı arasında zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisinin bulunmaması ise, zararlı sonucun yalnızca illete izafe edileceği ve dolayısıyla sebebi gerçekleştiren kişinin zararlı sonuçtan hukuken sorumlu tutulmayacağı anlamına gelmektedir.⁶

İlletin varlığı ile sebebin varlığı arasındaki ilişkinin zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisi teşkil edip etmediği, illetin ihtiyârî bir fiili temsil edip etmemesine göre belirlenen bir husustur. Daha açık bir ifadeyle, illeti temsil eden fiil ya da durumun ihtiyârî değil de tabii bir fiil ya da durum olması halinde, söz konusu ilişki, zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisini; aksi durumda ise, zorunlu olmayan bir sebep-sonuç ilişkisini temsil etmektedir. İlet-sebebi ilişkisinin zorunlu olup olmama niteliğinin, sebep ile hüküm (daha doğrusu hükmün konusu olan zararlı sonuç) arasındaki irtibatı belirleyici olması sebebiyle, hanefî terminolojide sebebin, *sebeb-i mahz*, *sûreten sebeb*, *illete benzeyen sebeb* ve *illet hükmünde sebeb* şeklinde tasnif edilmesinde de işlevsel bir ölçüt görevi görmektedir. Kısacası hanefî hukuk düşüncesinde sebebin hükümle irtibatı ve nasıl tanımlanıp tasnif edileceği sorunu, hemen tümüyle, illet-sebebi ilişkisi üzerinden ele alınmaktadır.⁷

Şart

Kelime olarak *ayrılmaz alâmet* anlamına gelen şart, hanefî hukuk terminolojisinde, *hükmün açığa çıkmasında* (إثبات الحكم) *doğrudan etken* (müessir) bir unsur niteliği taşımamakla birlikte *hükmün varlığı* (وجود الحكم) *kendi varlığına bağlı olan unsur* ifade etmektedir.⁸ Şart, hükmün açığa çıkmasında doğrudan etken bir unsur niteliği taşımaması yönüyle alâmete; hükmün varlığı kendi varlığına bağlı olması yönüyle de illete benzemektedir.

Hükmün varlığının şartın varlığına bağlı olması, illet-şart ilişkisinde olduğu gibi, illetin varlığının zorunlu olarak şartın varlığına bağlı olması sebebiyle değil,

6 Zarar ile illet veya sebep arasındaki ilişkinin (illiyet bağının) tespitinde ihtiyârilik koşulunun belirleyici olması hakkında bkz. Yıldız, Kemal, *İslâm Sorumluluk Hukuku Akit Dışı Sorumluluk*, Hâcagân Akademi Kitaplığı, İstanbul 2005, 75-76.

7 Sebebi-illet ilişkisi hakkında bkz. Dönmez, İbrahim Kâfi, "Sebebi", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (DİA), Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 2004, c. XXIX, 247.

8 el-Pezdevî, IV, 247; es-Serahsî, *Usûlu's-Serahsî*, II, 303; İbn Melek, el-Mevlâ Abdullatif, *Şerhu Menâri'l-envâr fi usûli'l-fıkıh*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2004, 326; İbn Kutübogâ, Zeynuddin Kâsım, *Hulâsatu'l-efkâr şerhu Muhtasari'l-Menâr*, Thk. Senâullâh ez-Zâhidî, Dâru İbn Hazm, Beyrut 1424/2003, 177; İbn Nuceym, Zeynuddin b. İbrâhîm b. Muhammed, *el-Bahrur-râik şerhu Kenzi'd-Dakâik*, I-IX, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1418/1997, VII, 233; İbn Âbidin, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdilaziz, *Reddu'l-muhtâr ale'd-Durri'l-muhtâr*, I-XIII, Dirâse, Ta'lik ve Tahkik: Âdil Ahmed Abdulmevcûd ve Ali Muhammed Muavvîd, Dâru Âlemi'l-Kütüb, Riyad 1423/2003, XI, 355. İslâm hukuk düşüncesinde, genel olarak şartın tanımı ve çeşitleri hakkında ayrıca bkz. Boynukalın, Mehmet, "Fıkıh Usûlünde Şart Kavramı", *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı: 36 (2009/1), s. 7-46; "Şart", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (DİA), Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2010, XXXVIII, 364-365; Başoğlu, Tuncay, *Hicrî Beşinci Asır Fıkıh Usûlü Eserlerinde İlet Tartışmaları* (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2001, 126-128.

biçimsel olarak var olan illetin hüküm doğurabilmesinin şartın gerçekleşmesine bağlı olması sebebiyledir. Şöyle ki, şart, illetin en baştan açığa çıkmasının değil, hüküm doğuracak şekilde işlevsellik kazanmasının zorunlu bir ön koşuludur. Söz gelimi, kişinin eşine karşı söylemiş olduğu “şu eve girersen boş ol” sözünde, kişinin boşama iradesini temsil eden “boş ol” lafzı illeti, eşin kastedilen eve girmesi de şartı temsil etmektedir. Eşin kastedilen eve girmesi, “boş ol” sözünün ilk baştan açığa çıkmasının değil, o söze hüküm bağlanabilmesinin bir ön koşuludur. Bu örnekten de anlaşılacağı üzere, hanefî hukukçular, şartla, illetten sonra gerçekleşen ancak biçimsel olarak var olan illetin hüküm doğurması kendi varlığına bağlı olan unsuru kastetmektedirler. Esasen illetin varlığının zorunlu bir ön koşulu olup olmama, daha doğrusu illetten önce veya sonra gerçekleşme kriteri, hanefiler bakımından şart-sebeup ayrımında belirleyici bir ölçüttür. Buna göre şart, hükme konu olan davranışın açığa çıkmasında müessir bir unsur niteliği taşıması yönüyle illetten;⁹ illetin varlığının zorunlu bir ön koşulu olmayıp biçimsel olarak illetten sonra gerçekleşmesi yönüyle de sebepten ayrılmaktadır. Ancak, özellikle belirtmek gerekir ki, şartın, *biçimsel olarak var olan illetin hüküm doğurması kendi varlığına; dolayısıyla hükmün varlığı kendi varlığına bağlı olan unsur* biçimindeki tanımı, hanefî kaynaklarda geçen tüm şart türleri bakımından ortak bir tanımı ifade etmemektedir. Öyle anlaşılmaktadır ki, hanefiler, söz konusu tanımı, hiçbir biçimde illet ya da sebebe benzetilemeyen, bu özelliği dolayısıyla da şart-ı mahz olarak isimlendirilen şart türünü ifade etmek üzere kullanmaktadırlar.¹⁰ Esasen hanefilerin, şart-ı mahzdan farklı olarak, aşağıda geleceği üzere, kimi şart türlerini, *illet hükmünde şart, illete benzeyen şart ve sebebe benzeyen şart* biçiminde farklı kayıtlarla isimlendirmeleri, bu hususu açıkça ortaya koymaktadır.

İllet

Fıkıh usûlü eserlerindeki detaylı yaklaşım ve izahlardan sarfı nazar ederek, daha çok sorumluluk hukuku bakımından ele almak gerekirse, kelime olarak *bulunduğu mahalde/yerde değişiklik meydana getiren şey* anlamına gelen illet, hanefî hukuk terminolojisinde, *hükümü gerekli kılan (mûcib), dolayısıyla hükmün vucûbiyeti (وجوب الحكم) kendisine izâfe edilen şey, hükmün kendisiyle sâbit olduğu şey (مثبتة) ve varlığı hükmün varlığını zorunlu kılan şey* biçiminde tanımlanmaktadır.¹¹ İletin *mûcib* veya *musbit* olmasıyla, onun, şart ve sebepten farklı olarak, hükmün açığa çıkmasında doğrudan etken (müessir) bir unsur olduğu vurgulanmaktadır.

9 İbn Melek, 326.

10 Nitekim Abdulazîz el-Buhârî, biçimsel olarak illetten sonra gerçekleşme özelliğinin yalnızca şart-ı mahz olarak tabir edilen şart türüne özgü olduğunu; buna karşılık diğer şart türleri bakımından tanımlayıcı bir özellik olmadığını açık bir biçimde ifade etmektedir. Bkz. Abdulazîz el-Buhârî, IV, 300.

11 en-Nesefî, Ebu'l-Berakât Abdullâh b. Ahmed, *Menâru'l-envâr* (İbn Nuceym'in Fethu'l-Ğaffâr adlı eseri içinde), Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2001, 432; Abdulazîz el-Buhârî, IV, 243-244; İbn Melek, 321.

Hükme konu olan ve cezaî ya da hukukî sorumluluk doğuran fiillerden hareketle ifade etmek gerekirse, illet, *zararlı sonucun (ölüm, malın gasbı vb.), ister ihtiyârî bir fiil şeklinde isterse tabii bir durum olarak açığa çıkmış olsun, doğrudan kendisine izafe edildiği fiil ya da durumu* ifade etmektedir. Söz gelimi, bir kimsenin başkasını kasten öldürmesi durumunda, ölüm, zararlı sonucu, öldürme fiili ise illeti; bir yerde asılı olan eşyanın, ipinin kesilmesi sebebiyle düşüp kırılması durumunda, o eşyanın telef olması zararlı sonucu, (ipin kesilmesi değil) eşyanın düşmesi ise illeti ifade etmektedir.

İlgili örneklerden de anlaşılacağı üzere, tanımda geçen *doğrudan* kaydı, illet-sebep ve illet-şart ayrımında, daha doğrusu illetin tanımında temel bir ölçüt işlevi görmektedir. Çünkü, illet ile zararlı sonuç arasında bir birliktelik (مقارنة) söz konusudur. Bir diğer ifadeyle, zararlı sonuç, araya başka bir unsur girmeksizin (بلا واسطة), illetin varlığının hemen akabinde ve ona bitişik olarak açığa çıkmaktadır.¹² Ancak, özellikle belirtmek gerekir ki, illetin ihtiyârî bir fiil değil, tabii bir durum şeklinde açığa çıkması halinde,¹³ aşağıda geleceği üzere, sorumluluk hukuku bakımından sebep veya şartın illet yerine ikâmesi ve dolayısıyla hükmün sebep veya şarta izafesi söz konusudur. Sonuç olarak illet, zararlı sonucu doğrudan açığa çıkaran unsur; sebep, illetin varlığının zorunlu bir ön koşulu niteliğindeki unsur; şart ise illete hüküm bağlanabilmesi kendi varlığına bağlı olan unsur temsil etmektedir.

B. SORUMLULUK HUKUKUNDAKİ YERİ VE İŞLEVİ BAKIMINDAN ŞARTIN TANIMLANMA VE TASNİF EDİLME SORUNU

Hanefî usul eserleri incelendiğinde, şartın, ağırlıklı olarak *şart-ı mahz, illet hükmünde şart, sebep hükmünde şart, ismen şart ve alâmet hükmünde şart* biçiminde beşli bir tasnif esas alınarak incelendiği görülmektedir. Bunun dışında kimi usulcüler, *alâmet hükmündeki şartı* dışarıda tutarak şartı dört kısımda incelemektedirler. Her iki tasnif biçiminden farklı olarak es-Serahsî, beşli tasnife *illete benzeyen şart* adını verdiği yeni bir şart türünü de ilave ederek şartı altı kısma ayırmaktadır. Öyle anlaşılmaktadır ki, es-Serahsî, diğer usulcülerin, *illet hükmündeki şart* kapsamında ele aldıkları şart türünü, şart-illet ilişkisini farklı şekilde düşünmesinin bir sonucu olarak, *illet hükmünde şart* ve *illete benzeyen şart* biçiminde ikiye ayırarak incelemektedir. Bir tespit olarak ifade etmek gerekirse, es-Serahsî'ye özgü olduğunu

12 Abdulazîz el-Buhârî, IV, 243; İbn Melek, 321. İletinin, *hükmün doğrudan kendisine izâfe edildiği şey* biçimindeki tanımı için ayrıca bkz. İbn Nuceym, *el-Bahrü'r-Râik*, VI, 211; Şeyhizâde, Abdurrahmân b. Muhammed b. Süleymân el-Kelibûlî, *Mecmeu'l-enhur fî şerhı Multeka'l-Ebhur*, I-IV, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1419/1997, III, 119; İbn Âbidîn, VII, 403.

13 Hanefî literatürde, ya ihtiyârî fiil şeklinde açığa çıkmamış olması ya da şart veya sebebin zorunlu bir sonucu olması sebebiyle kendisine hüküm bağlanamayan illeti ifade etmek üzere *illet olmaya elverişli olmayan illet* (علت لم يصلح علت / علته لا يصلح أن يكون علته للحكم) tabirinin kullanımı hakkında bkz. el-Pezdevî, IV, 294; es-Serahsî, *Usûlu's-Serahsî*, II, 323.

düşündüğümüz bu ayırım, illet ile şart arasındaki ilişkinin zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisi teşkil edip etmemesine göre yapılan bir ayırımdır. Bu ayırımın (illet hükmünde şart ve illete benzeyen şart ayırımının) şartın tasnifi bakımından özgün bir yanının bulunması dışında ayrıca, aşağıda bahsi geleceği üzere, sorumluluk hukuku bakımından da işlevsel bir yanı bulunmaktadır. Bu sebeple, çalışmamızda, hükmün şarta izafesi sorunu, es-Serahsî'nin tasnifi esas alınarak inceleme konusu edilecektir.

1. Şart-ı Mahz

Hanefî hukuk terminolojisinde şart-ı mahz (الشرط المحض) tabiri, illetten sonra gerçekleşen ancak biçimsel (صورة) olarak var olan illetin hüküm doğuracak şekilde işlevsel hale gelmesi bir diğer ifadeyle hüküm doğurabilmesi kendi varlığına bağlı olan şart türünü ifade etmektedir.¹⁴ Buna göre şart-ı mahz, illetin biçimsel olarak (sûreten) açığa çıkmasının değil, hüküm doğuracak şekilde işlevsellik kazanmasının (انعقاد العلة) zorunlu bir ön koşulu konumundadır.¹⁵ Örneğin, bir kimsenin eşine “şu eve girersen boş ol” sözü boşamanın illeti, eşinin o eve girmesi ise şarttır. Ne var ki biçimsel olarak (sûreten) var olan bu illetin işlevsel hale gelebilmesi (hüküm doğurabilmesi), o kişinin eşinin sözü edilen eve girmesine bağlıdır. Benzer durum, nikâh akdinde icâb-kabul ile şahitlik şartı arasındaki ilişki açısından da söz konusudur. Şöyle ki, nikâh akdinde, tarafların, illeti temsil eden irade beyanlarının (icâb ve kabulün) hüküm doğurabilmesi, bir diğer ifadeyle nikâh akdinin açığa çıkması, öngörülen sayı ve nitelikteki kişilerin bu akde şahitlik etmelerine bağlıdır. Görüldüğü üzere, söz konusu durumda şart, biçimsel olarak kendisini önceleyen illetin işlevsel hale gelmesinde zorunlu bir ön koşul niteliğindedir.

Şart-ı mahzın, illetin hüküm doğuracak şekilde işlevsel hale gelmesinin zorunlu bir ön koşulu olması sebebiyle, her ne kadar görünürde hükmün varlığı şart-ı mahzın varlığına bağlı ise de, gerçekte hüküm illetin varlığı sebebiyle açığa çıkmaktadır. Bir diğer ifadeyle hükmün açığa çıkmasında etken olan unsur (müessir olan unsur), şart-ı mahz değil, biçimsel olarak şarttan önce var olan illettir. Bu sebeple hüküm, şart-ı mahza değil, illete nispet edilmektedir. Bu ise, şart-ı mahzın, *sebebiyet* ve *illiyet* özelliği taşımayan bir unsur olduğunu göstermektedir.¹⁶

Şart-ı mahzın tanımında esas vurgu, onun, aşağıda bahsi geleceği üzere mahiyeti bakımından diğer şart türlerinden farklı bir yapıda olduğuna değil, hükmün doğrudan illete izafesi mümkün olması sebebiyle illet yerine ikame edilemeyen

14 es-Serahsî, *Usûlu's-Serahsî*, II, 320-321; en-Nesefî, Ebu'l-Berakât Abdullâh b. Ahmed, *Keşfu'l-esrâr şerhu'l-Musannif ale'l-Menâr*, I-II, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1998, II, 437; Abdulazîz el-Buhârî, IV, 300; İbn Melek, 326; İbn Kutlûboğâ, 177; İbn Nuceym, *Fethu'l-gaffâr bi şerhi'l-Menâr*, 440.

15 es-Serahsî, *Usûlu's-Serahsî*, II, 320; Sadruşşeria, Ubeydullâh b. Mes'ûd b. Mahmûd, *et-Tavdih li Metni't-Tenkih fi usûli'l-fikh*, I-II (et-Taftâzânî'nin et-Telvil'i ile birlikte), Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1996, II, 308.

16 Abdulazîz el-Buhârî, IV, 300.

ve dolayısıyla kendisine hiçbir biçimde hüküm bağlanamayan bir unsur niteliği taşıyor olmasınadır. Esasen *şart-ı mahz* tamlamasında *mahz* tabiri bu hususu vurgulamaktadır. Çünkü hanefî hukuk düşüncesinde, *şart-hüküm* ilişkisi ile *şartın* tanımı ve işlevi sorunu, büyük ölçüde illet-*şart* ilişkisi ile illetin kendisine hüküm bağlanabilecek nitelikte olup olmaması sorunu üzerinden ele alınmaktadır. Genel olarak bakıldığında, hanefî literatürde *şart-ı mahz* tabiri, *hükümün varlığı* (وجود الحكم) kendi varlığına bağlı olmakla birlikte *hükümün açığa çıkmasında* (إثبات الحكم) etken bir unsur özelliği (müessir olma özelliği) taşımayan ve aynı zamanda illetin kendisine hüküm bağlanabilecek nitelikte olması sebebiyle hükümle irtibatlandırılmayan, bir diğer ifadeyle kendisine hüküm bağlanamayan *şart*¹⁷ türünü ifade etmek üzere kullanılmaktadır.

Şart-ı mahz, illet ve hüküm, sözü edilen şekilde ilişkilendirmelerinin bir sonucu olarak hanefiler, zinâ eden kimsenin muhsan olduğu hususunda şahitlik eden ve dolayısıyla cezanın (celde değil) recm olarak belirlenmesinde etkisi olan kimselerin (شهود الإحصان), zinâ eden kimseye recm cezası uygulandıktan sonra şahitliklerinden dönmelerini, kendileri bakımından bir hukukî sorumluluk gerekçesi olarak görmemektedirler. Buna göre, söz konusu kimselerin, kendilerinin sebep olduğu hatalı yargı kararı sonucu öldürülmüş olan kimsenin diyetini ödeme yükümlülükleri bulunmamaktadır.¹⁸ Muhsan olma-zinâ-recm ilişkisi, *şart-ı mahz*-illet-hüküm ilişkisi açısından incelendiğinde, muhsan olma *şart-ı mahz*; zinâ fiili illeti; recm cezası da hüküm temsil etmektedir. Söz konusu durumda zinâ fiilinin, kendisine hüküm bağlanabilecek nitelikte bir illet olma özelliği taşıması sebebiyle, her ne kadar hükümün varlığı kendi varlığına bağlı olsa da *şart-ı mahz*ın (muhsan olmanın) illet yerine ikâmesi ve dolayısıyla hükümün ona izafesi mümkün değildir. Çünkü hükümün (recm cezasının) açığa çıkmasında etken (müessir) unsur, *şart-ı mahz* konumunda olan *muhsan olma* değil, illet konumunda olan *zinâ fiilidir*. Önemle belirtmek gerekir ki, aşağıda geleceği üzere, *muhsan olma* şartının *şart-ı mahz* kapsamında mı yoksa *alâmet hükmünde şart* kapsamında mı ele alınması gerektiği hususunda hanefî hukukçular farklı yaklaşımlar ortaya koymuşlardır. Bu sebeple, kaynaklarda *muhsan olma-recm cezası* ilişkisi her iki *şart* türünü örneklemek üzere başvuru bir örnektir.

Muhsan olma-recm cezası ilişkisinde hanefîlerin genel yaklaşımından farklı olarak İmâm Zufer, söz konusu durumda zinâ eden kimsenin muhsan olduğu hususunda şahitlik eden kimselerin şahitliklerinden dönmelerini, recm cezası sonucu

17 es-Serahsî, *Usûlu's-Serahsî*, II, 320; İbn Melek, 326; İbn Emîrî'l-Hâcc, Muhammed b. Muhammed el-Halebî, *et-Takrîr ve't-tahbîr*, I-III, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1999, III, 273; İbn Âbidîn, III, 313.

18 es-Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebi Sehl, *Kitâbu'l-mesbût (el-Mesbût)*, I-XXX, Dâru'l-Ma'rîfe, Beyrut ty., IX, 46, 60; el-Haddâd, Ebû Bekr Ali b. Muhammed, *el-Cevheratü'n-neyyira*, I-II, Pakistan ty., II, 341; İbnu'l-Humâm, Kemâluddîn Muhammed b. Abdilvâhid, *Fethu'l-kadîr*, I-X, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2003, VII, 461.

öldürülen kimsenin diyetini ödeme yükümlüğü bakımından bir hukukî sorumluluk gerekçesi olarak değerlendirmektedir. Ona göre, zinâ eden kimsenin muhsan olması, her ne kadar hükümün açığa çıkmasında yegâne etken (müessir) unsur olmasa da, cezanın celde değil recm olarak belirlenmesinde etken bir unsurdur. Bu açıdan bakıldığında, cezanın ağırlaştırılması, doğrudan zinâ eden kimsenin muhsan olması sebebiyledir. Dolayısıyla şahitliklerinden dönen kimseler, kendilerinin sebep olduğu hatalı yargı kararı sonucu öldürülmüş olan kişinin diyetini ödemekle yükümlüdürler.¹⁹

2. İlet Hükümünde Şart

Hanefî hukuk düşüncesinde, illetin, kendisine hüküm bağlanabilecek nitelikte olmaması durumunda, hüküm, illete değil şarta bağlanır.²⁰ Her ne kadar illet niteliği taşıyan bir unsur olmasa da,²¹ bir bakıma şart, kendisine illet işlevi yüklenerek illet yerine ikâme edilir. Hükümle irtibatı bakımından kendisine illet işlevi yüklenmesi sebebiyle bu tür şarta *illet hükmünde şart* denilmektedir.²² Burada illetin, kendisine hüküm bağlanabilecek nitelikte olmamasıyla, onun ihtiyârî bir davranışı değil, *ihtiyârî olmayan bir durumu* temsil ediyor olması kastedilmektedir.²³ Bu sebeple, illet hükmündeki şartın mahiyetini kavrama bakımından vurgulanması gereken temel husus, illetin bulunmaması sebebiyle değil, var olan illetin kendisine hüküm bağlanabilecek nitelikte olmaması sebebiyle hükümün şarta bağlanmasıdır.

Yukarıda, çoğunluğun *illet hükmünde şart* kapsamında ele aldığı şart türünü, es-Serahsî'nin, illet ile şart arasındaki ilişkinin zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisi teşkil edip etmemesine bağlı olarak *illet hükmünde şart* ve *illete benzeyen şart* biçiminde iki kısımda incelediği ifade edilmişti. es-Serahsî'nin bu ayrımına karşılık çoğunluk, illet ile şart arasındaki ilişki zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisi teşkil etsin ya da etmesin, illetin kendisine hüküm bağlanabilecek nitelikte olmaması sebebiyle, illet yerine ikâme edilerek hükümün doğrudan kendisine bağlandığı şart türlerini, illet hükmünde şart kapsamında değerlendirmektedirler. Bu sebeple, es-Serahsî'nin, illet ile şart arasındaki ilişkinin niteliğine bağlı olarak kimini illet hükmünde şart, kimini de illete benzeyen şart kapsamında zikrettiği örneklerin tümü, çoğunluk yaklaşımında illet hükmünde şartın örnekleri olarak zikredilmektedir. Bu husus, sorumluluk hukuku bakımından temel bir farklılığa işaret etmektedir. Şöyle ki, ilgili örneklerden anlaşıldığı kadarıyla, es-Serahsî'ye göre, illet hükmündeki şartı temsil eden davranışın gerçekleştirilmesi, bu davranış sonucu açığa çıkan zararlı sonucun

19 es-Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 46.

20 es-Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 14.

21 Abdulazîz el-Buhârî, IV, 294.

22 el-Pezdevî, IV, 293-294; Abdulazîz el-Buhârî, IV, 294; Sadruşşeria, II, 304; İbn Melek, 326-327.

23 el-Pezdevî, IV, 296; Abdulazîz el-Buhârî, IV, 296; Sadruşşeria, II, 304; İbn Melek, 327.

(suç veya haksız fiil) türüne bağlı olarak, hukukî sorumluluk gerekçesi olabileceği gibi cezaî sorumluluk gerekçesi de olabilir. Buna karşılık çoğunluk yaklaşımının illet hükmündeki şart örneklerinin tamamı, illet hükmündeki şartı gerçekleştirme ile (cezâî sorumluluk değil) hukukî sorumluluk ilişkisi üzerine yoğunlaşmaktadır.

es-Serahsî'nin illet hükmündeki şart olarak ifade ettiği şart türünün mahiyetini kavrama bakımından vurgulanması gereken en temel husus, *illet ile şart arasında zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisinin bulunmasıdır*. Daha açık bir ifadeyle illet, ihtiyârî bir fiil olarak değil, şartın varlığının zorunlu bir sonucu olarak açığa çıkmaktadır. İlet ile şart arasındaki ilişkinin zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisi biçiminde olması, illet hükmündeki şartın *illete benzeyen şarttan* ayrımında belirleyici bir husustur. Çünkü kimi durumlarda, illetin gerçekleşmesi şartın gerçekleşmiş olmasına bağlı olsa da, illet, şartın varlığının zorunlu bir sonucu değildir. Esasında, illet konumunda olan fiilin şart konumunda olan fiil veya durumun zorunlu bir sonucu olması, aynı zamanda o fiilin (illetin) ihtiyârî bir fiil olarak açığa çıkmadığının da bir göstergesidir.

İletin, ihtiyârî bir fiil şeklinde değil şartın varlığının zorunlu bir sonucu olarak açığa çıkmış olmasına karşılık, şartın, ihtiyârî bir fiili temsil ediyor olması halinde hüküm, illete değil doğrudan şarta bağlanır.²⁴ Sorumluluk hukuku bakımından ifade etmek gerekirse, hukuka aykırı fiilin zararlı sonucundan doğrudan şartı gerçekleştiren kimse sorumlu tutulur. es-Serahsî, zararlı sonuçla illet hükmündeki şartı temsil eden davranış arasındaki ilişkiyi vurgulama amacına matuf olarak *mubâşeret* kelimesini özellikle zikreder.²⁵

Kaynaklarda, yağ dolu tulumu delerek içindeki yağın akıp telefine sebep olma ve asılı kandilin ipini keserek kırılmasına sebep olma, illet hükmündeki şartı örneklemektedir.²⁶ İlk örnek üzerinden ifade etmek gerekirse, görünürde kişi yağı değil, yağın akıp telef olmasına engel olan kabı telef etmektedir. Yağın telef edilmesine nispetle kabın telef edilmesi şart konumundadır. Ancak söz konusu durumda, yağın telef kabın telefonun zorunlu bir sonucu olduğu için, kişi, doğrudan (mubâşereten) yağı telef etmiş sayılır.²⁷ Dolayısıyla kendisi bakımından kabı tazmin yükümlülüğünün dışında ayrıca telef olan yağı tazmin etme yükümlülüğü de doğar. Benzer durum, bir kimsenin, kendisine karşı işlenen müessir fiil sonucu ölmesi durumunda da söz konusudur. Şöyle ki, kendisine karşı müessir fiil işlenen kimse, bu fiil sebebiyle ölse, müessir fiili işleyen kişi, işlediği müessir fiilden değil, ölen kişiyi öldürmekten sorumlu tutulur. Çünkü kişinin hayatta kalabilmesi, vücut bütünlüğünün korunmasına bağlıdır. Kişinin, müessir fiili kasten işlemiş olması

24 es-Serahsî, *Usûlu's-Serahsî*, II, 322.

25 es-Serahsî, *Usûlu's-Serahsî*, II, 320-321.

26 es-Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 14; İbn Melek, 327; İbn Nuceym, *Fethu'l-gaffâr bi şerhi'l-Menâr*, 441.

27 es-Serahsî, *Usûlu's-Serahsî*, II, 321-322.

durumunda ise, kısas yoluyla cezalandırılması (öldürülmesi) gerekir.²⁸ Ancak bu, ölümün yaralanma sebebiyle meydana geldiğinin kesin olarak tespiti durumunda söz konusudur.

Özellikle son örneği esas alarak ifade etmek gerekirse; es-Serahsî'nin, şart-illet arasındaki zorunlu sebep-sonuç ilişkisinin varlığından hareketle şartı illet yerine ikâme etmesi ve açığa çıkan zararlı sonuçtan doğrudan (mubâşereten) şartı gerçekleştiren kişiyi sorumlu tutması, onun illet hükmündeki şartı, illet yerine ikâme edilen diğer şart türünden (illete benzeyen şarttan) kesin olarak ayırt ettiğini göstermektedir. Çünkü, aşağıda geleceği üzere, illete benzeyen şartı gerçekleştirme yalnızca hukukî sorumluluk doğuran bir unsur olarak görülürken, illet hükmündeki şartı gerçekleştirme (müessir fiil-kısas yoluyla ölüm cezası örneğinde olduğu gibi) hukukî sorumluluk dışında cezâî sorumluluk doğuran bir unsur olarak da görülmektedir. Kısacası, es-Serahsî'nin yaklaşımında, illet ile şart arasındaki ilişkinin zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisi niteliğinde olup olmaması, sorumluluğun türünü belirleme bakımından temel bir ölçüt işlevi görmektedir.

3. İllete Benzeyen Şart

es-Serahsî'nin yaklaşımında, illet hükmünde şart dışında, illet yerine ikâme edilen ve dolayısıyla kendisine hüküm bağlanan bir diğer şart türü de *illete benzeyen şart*tır. İlet hükmündeki şart ile illet arasındaki ilişkiden farklı olarak, illete benzeyen şartla illet arasında zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisi bulunmamaktadır. Bir diğer ifadeyle, illetin açığa çıkması şartın varlığına bağlı olmakla birlikte illet, şartın varlığının zorunlu bir sonucu değildir. Diğer taraftan şarttan sonra açığa çıkan illet, daha doğrusu illet konumunda olan unsur, tek başına illet olmaya elverişli değildir. İlgili örneklerden anlaşıldığı kadarıyla, *illet konumunda olup tek başına illet olmaya elverişli olmayan unsurla*, ihtiyârî olarak açığa çıkmayan *fiil* veya *durum*, bir diğer ifadeyle *ihtiyârîlik koşulunu sağlamayan unsur* kastedilmektedir. Sözü edilen hususları esas alarak ifade etmek gerekirse, *illete benzeyen şart* tabiri, *varlığı şartın varlığına bağlı olmakla birlikte onun zorunlu bir sonucu olmayan illetin (illet konumundaki unsurun), tek başına illet olmaya elverişli olmaması sebebiyle, illet yerine ikâme edilen ve dolayısıyla kendisine hüküm bağlanan şart* türünü tanımlamaktadır.²⁹ Bu arada, sözü edilen tanıma, illet hükmünde şart-illete benzeyen şart ayrımının yapılmadığı usûl eserlerinde, yalnızca illet hükmünde şartı ifade etmek üzere başvurulduğunu da ifade etmemiz gerekmektedir.³⁰

İlet-illete benzeyen şart-hüküm ilişkisi, bir kimsenin yolda kazdığı kuyuya bir başka kimsenin düşüp ölmesi örneği üzerinden ele alınmaktadır. Söz konusu ör-

28 es-Serahsî, *Usûlu's-Serahsî*, II, 322.

29 es-Serahsî, *Usûlu's-Serahsî*, II, 323-324.

30 Örnek olarak bkz. Abdulaziz el-Buhârî, IV, 296.

nekte, bir kimsenin yolda kuyu kazması ölümün şartını, yolda yürümek ölümün sebebini ve düşen kimsenin ağırlığı da ölümün illetini temsil etmektedir.³¹ Kuyuya düşüp ölen kimsenin ağırlığının illet niteliği taşınamaması ve sebep konumunda olan yürümenin illet yerine ikâme edilememesi sebebiyle ölüm, düşüp ölmenin şartı konumunda olan *kuyu kazmaya* izafe edilir.³² Dolayısıyla insanların gelip geçtiği yolda kuyu kazan kimse, kuyuya düşüp ölen kimsenin diyetini ödemekle yükümlüdür. Özellikle belirtmek gerekir ki, kuyuyu kazan kimsenin yükümlülüğü, hukukî sorumlulukla, bir diğer ifadeyle ölen kimsenin diyetini ödeme yükümlülüğüyle sınırlıdır. Bu sebeple, kuyuyu kazan kimse, suçtan dolayı tazmin dışında ayrıca keffâret ödemekle yükümlü olmadığı gibi, ölen kimsenin mirasçısı konumunda olması halinde de mirastan mahrum bırakılamaz.³³ Çünkü, illete benzeyen şartı gerçekleştiren kimse, illet hükmünde olan şartı gerçekleştiren kimseden farklı olarak, hükme konu olan hukuka aykırı zararlı fiili/sonucu (ölümü) doğrudan (mübâşeret) gerçekleştirmiş sayılmaz. Sorumluluk hukuku açısından bakıldığında, illet hükmündeki şart ile illete benzeyen şart arasındaki en önemli farkın, illet hükmündeki şartı gerçekleştirmenin hem cezaî hem de hukukî sorumluluk gerekçesi olmasına karşılık illete benzeyen şartı gerçekleştirmenin yalnızca hukukî sorumluluk gerekçesi olmasıdır.

Hanefî hukukçuların, gasbedilen tohumun ekilmesiyle elde edilen ürünün (mülkiyetinin) gasbeden kişiye ait olduğu; tohum sahibinin elde edilen bu üründe herhangi bir mülkiyet iddia edemeyeceği ve tohumu gasbedip ondan ürün elde eden kimsenin yalnızca gasbettiği tohum miktarını tazmin etmekle yükümlü olacağı³⁴ biçimindeki yaklaşımı, onların, hüküm-illet-şart ilişkisini sözü edilen şekilde kavramalarının bir sonucudur. Şöyle ki, hanefilere göre, elde edilen ürünün (sonuç) neye nispet edileceği konusunda iki farklı durum söz konusudur. Onlardan ilkinde göre; tohum, toprak, hava ve suyun bir araya gelmesi sonucu meydana geldiği için ürün (gasbedilen tohumdan elde edilen ürün), gasbedilen tohumun bir parçası olarak kabul edilebilir ve ona nispet edilir. Bir bakıma tohumla ürün arasında asıl-fer' ilişkisi vardır.³⁵ İkinci duruma göre ise bu ürün, tohumu gasbedip onu eken gâsıbın fiiline (ekip-biçmesine) nispet edilir. Bir diğer ifadeyle ürün, gâsıbın ekip biçmesinin bir sonucu olarak kabul edilir. Elde edilen ürünle (sonuçla) ilişkisi bakımından ele alındığında, sözü edilen iki farklı durumdan ilki illet; ikincisi ise şart konumundadır.³⁶ Daha açık bir ifadeyle ürünün meydana gelmesinde, tohum,

31 es-Serahsî, *el-Mebsût*, XVII, 11; İbnu'l-Humâm, VII, 462.

32 es-Serahsî, *el-Mebsût*, XVII, 11; el-Bâbertî, Ekmelüddin Muhammed b. Mahmûd b. Ahmed (ö. 1384/786), *el-Inâye şerhu'l-Hidâye* (İbnu'l-Humâm'ın Fethu'l-Kadîr'i ile birlikte), I-X, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 2003, III, 399; İbnu'l-Humâm, VII, 462.

33 es-Serahsî, *Usûlu's-Serahsî*, II, 324; Abdulaziz el-Buhârî, IV, 298.

34 es-Serahsî, *Usûlu's-Serahsî*, II, 325; *el-Mebsût*, XI, 94-95; Abdulaziz el-Buhârî, IV, 298.

35 Abdulaziz el-Buhârî, IV, 298.

36 es-Serahsî, *Usûlu's-Serahsî*, II, 322; el-Habbâzî, Ebû Muhammed Celâlüddin Ömer b. Muhammed, *el-Muğni fi usûli'l-fikh*, Thk. Muhammed Mazhar Bekâ, Merkezü'l-Bahsi'l-İlmî ve İhyâu't-Turâsi'l-İslâmî, Mekke 1403/1983, 347; Abdulaziz el-Buhârî, IV, 299.

toprak, hava ve suyun bir araya gelmesi birincil/öncelikli unsur (illet); tohumu ekip gerekli bakımı yaptıktan sonra hasat etmek ise ikincil unsurdur (şart). Her ne kadar hükümün illetine izafesi asıl olsa da, söz konusu durumda ürün, illetine değil, şartına nispet edilmek zorundadır. Çünkü illet konumunda olan *tohum*, *toprak*, *hava* ve *suyun bir araya gelmesi*, ihtiyârî bir durumu temsil etmemektedir. Buna karşılık şart konumunda olan *ekip-biçme* fiili ise, gâsıbın ihtiyârî bir davranışı olarak açığa çıkmaktadır. Dolayısıyla elde edilen ürün, gasbedip ekilen tohumun bir parçası değil, gâsıbın emeği sonucu meydana gelen ve tohumdan tümüyle bağımsız yeni ve farklı bir üründür. Dolayısıyla onun mülkiyeti gâsıba aittir. Ancak gâsıb, gasbettiği tohumu ekmekle onu itlaf etmiştir ve bu itlafı sebebiyle yalnızca gasbettiği tohumu tazmin etmekle yükümlüdür.³⁷

4. Sebep Hükümünde Şart

Hanefî literatürde sebep hükümünde şart tabiri, *hükümün illetinden önce gerçekleşen ancak illetin ihtiyârî fiil şeklinde açığa çıkması sebebiyle kendisiyle illet arasında zorunlu bir sebep-sonuç (sebeb-müsebbeb) ilişkisi bulunmayan; dolayısıyla hükümle irtibatlandırılmayan şartı* ifade etmek üzere kullanılmaktadır.³⁸ Sorumluluk hukuku bakımından şartın hükümle irtibatlandırılmaması ise, şarta hüküm bağlanamayacağı ve dolayısıyla şartı gerçekleştiren kişinin, açığa çıkan zararlı sonuçtan hukuken sorumlu tutulamayacağı anlamına gelmektedir.

Hanefî hukuk düşüncesinde sebep hükümündeki şart-hüküm ilişkisinin, doğrudan *şart-illet ilişkisi* üzerinden değil de *sebeb-illet ilişkisi* üzerinden izahı, bir diğer ifadeyle şartın sebebe benzetilmesi, sebebin, zorunlu olarak illetten önce gerçekleşmiş olma özelliği taşıması sebebiyledir.³⁹ Bu nedenle, sebep hükümündeki şartın mahiyetini kavrama bakımından vurgulanması gereken temel husus, illetin varlığının şartın (sebeb hükümünde şartın) varlığına bağlı olmasıdır. Ancak sebep hükümündeki şartla illet arasında, zorunlu değil biçimsel bir sebep-sonuç (sebeb-müsebbeb) ilişkisi söz konusudur. Burada biçimsellik, her ne kadar varlığı, şartın varlığına bağlı olsa da, illetin, şartın varlığının zorunlu bir sonucu olmadığı kastedilmektedir. İster zorunlu ister biçimsel olsun, sebep-sonuç ilişkisinde, bir şeyin (müsebbebin) açığa çıkmasına vesile olan şeyin (sebebin), zorunlu olarak o şeyden (müsebbebden) önce gerçekleşmiş olması söz konusudur.⁴⁰ Bu yönüyle sebep hük-

37 es-Serahsî, *Usûlu's-Serahsî*, II, 325; el-Mebsût, XI, 95; en-Nesefî, *Keşfü'l-esrâr*, II, 441; Abdulaziz el-Buhârî, IV, 298-299.

38 es-Serahsî, *Usûlu's-Serahsî*, II, 325; el-Kâsânî, Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd, *Bedâi'u's-sanâi' fi tertibi's-şerâi'*, I-X, Tahkik ve Ta'lîk: A. M. Muavvîd ve A. A. Abdulmevcûd, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1997, V, 100; el-Habbâzî, 349; en-Nesefî, *Keşfü'l-esrâr*, II, 441; Sadruşşerîa, II, 305; İbn Melek, 327; İbn Emîrî'l-Hâcc, Muhammed b. Muhammed el-Halebî, *et-Takrîr ve't-tahbîr*, I-III, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1999, III, 277; İbn Nuceym, *Fethu'l-ğaffâr*, 441.

39 Sebepten farklı olarak şart, kimi durumlarda illetten sonra, kimi durumlarda da illetten önce gerçekleşebilmektedir. Şartın bu özelliği için bkz. Abdulaziz el-Buhârî, IV, 309; İbn Emîrî'l-Hâcc, III, 277.

40 Sadruşşerîa, II, 306; Abdulaziz el-Buhârî, IV, 300.

mündeki şart, şart-1 mahzdan ayrılmaktadır. Şart-1 mahzın sûreten illetten sonra gerçekleşmesine karşılık⁴¹ sebep hükmündeki şart, zorunlu olarak illetten önce gerçekleşmektedir.

Şart-1 mahz-sebepe hükmünde şart ayrımı bakımından ifade etmek gerekirse; şart-1 mahzda illetin, gerçekten illet işlevi görebilmesi, şartın gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Buna karşılık sebep hükmündeki şartta ise, her ne kadar şart illeti öncelemişse de, illetin gerçekten illet işlevi görebilmesi, şartın gerçekleşmiş olmasıyla irtibatlı değildir. Çünkü sebep hükmündeki şartta, illet, şartın gerçekleşmesinin zorunlu bir sonucu değildir. İlet, şarttan (sebepe hükmündeki şarttan) bağımsız bir biçimde illet olma özelliğine sahiptir.⁴² Sebepe hükmündeki şartın zorunlu bir sonucu olarak değil, kendisini meydana getiren iradenin tercihi sonucu ihtiyârî bir fiil olarak açığa çıkmış olması sebebiyle illet, şartın varlığına izafe edilmez. İletin şarta izafe edilmemesinin, sorumluluk hukuku bakımından anlamı ise, sebepe hükmündeki şartı gerçekleştiren kimsenin, illetin gerçekleşmesiyle açığa çıkan zararlı sonuçtan hukuken sorumlu olmadığı ve dolayısıyla kendisi bakımından herhangi bir tazmin yükümlülüğünün söz konusu olmadığı anlamına gelmektedir.⁴³ Kısacası sebepe hükmündeki şartın hükümle irtibatlandırılmaması, özünde onun, zorunlu sebepe-sonuç ilişkisi bakımından illetle irtibatlandırılmamasına ve daha da önemlisi illetin ihtiyârî bir fiil olarak açığa çıkmış olmasına bağlıdır.

Önemle belirtmek gerekir ki, hanefî hukuk düşüncesinde şartın, hükümle ilişkisi bakımından sebebe benzetilmesi ve *sebepe hükmünde şart* olarak isimlendirilmesi, sadece sebeple illet arasında zorunlu bir sebepe-sonuç ilişkisinin bulunmadığı ve dolayısıyla illetin varlığının sebebe izafe edilmediği durumlar için söz konusudur.⁴⁴ Bunun aksine olarak sebeple illet arasında zorunlu bir sebepe-sonuç ilişkisinin olduğu, dolayısıyla illetin varlığının zorunlu olarak sebebin gerçekleşmesine bağlandığı durumlar bakımından ise, şartın sebebe benzetilmesi söz konusu değildir. Hanefî literatürde, illetin kendisine nispet edilmediği sebepe, *sebepe-i mahz (sebepe-i hâlis)*⁴⁵; illetin zorunlu olarak kendisine nispet edildiği sebepe de, *illet hükmündeki sebepe* olarak tabir edilmektedir.⁴⁶ Son olarak, hanefî kaynaklarda *sebepe hükmünde şart* tabiri ile *sebepe-i mahz* tabirlerinin aynı anlamda ve illetle ilişkisi bakımından aynı unsuru ifade etmek üzere kullanılmasından hareketle, hükmün şarta izafesi sorununun, bir yönüyle hükmün sebebe izafesi sorunu olarak açığa çıktığını söylemek mümkün gözükmektedir.

41 Abdulazîz el-Buhârî, IV, 300.

42 el-Pezdevî, IV, 301; en-Nesefî, *Keşfü'l-esrâr*, II, 441; et-Taftâzânî, Sa'duddîn Mes'ûd b. Umer, *et-Telvîh ale't-tavdîh li Metni't-Tenkîh fî usûli'l-fıkh*, I-II, Dârul-Kütübîl-İlmiyye, Beyrut 1996, II, 305.

43 en-Nesefî, *Keşfü'l-esrâr*, II, 441; et-Taftâzânî, II, 305.

44 es-Serahsî, *Usûlu's-Serahsî*, II, 325; Sadruşşeria, II, 305.

45 “الشيء المحض لا يكون موجبا للمسبب بذاته محال” bkz. el-Kâsânî, V, 100; en-Nesefî, *Keşfü'l-esrâr*, II, 441; Abdulazîz el-Buhârî, II, 105; İbn Melek, 328.

46 el-Pezdevî, IV, 300-301; Abdulazîz el-Buhârî, IV, 300-301.

5. Sûreten veya İsmen Şart

Sûreten veya ismen şart tabiri, hanefî kaynaklarda, genellikle, hükümle ilişkisi bakımından şart konumunda olan unsurların birden fazla olması halinde söz konusu edilmektedir. Daha açık ifadeyle, hükümün varlığının birden fazla şartın varlığına bağlı olması durumunda, söz konusu şartlardan en son açığa çıkana hariç diğer şartlar, hükümle ilişkisi bakımından gerçekten değil sûreten veya ismen şart konumundadır. Söz gelimi, bir kimsenin hanımına, iki farklı evi kastederek “şu eve ve şu eve girersen boşsun” ya da iki farklı kimseyi kastederek “şu kişi ve şu kişi ile konuşursan boşsun” demesi durumunda boşamanın gerçekleşmesi iki şartın varlığına bağlıdır. Kadının iki evden ilkinde girmesiyle veya iki kişiden ilkiyle konuşmasıyla sûreten veya ismen şart; ikinci eve girmesiyle ya da ikinci kişiyle konuşmasıyla da hakiki/gerçek şart gerçekleşmiş olmaktadır.⁴⁷

Hanefîlerin hakiki şart-sûreten şart ayrımı, özünde, onların şartı, *hükümün açığa çıkmasında etken (müessir) bir unsur niteliği taşımamakla birlikte hükümün varlığı kendi varlığına bağlı olan unsur* olarak tanımlamalarının bir sonucudur.⁴⁸ Onlara göre, kimi durumlarda her ne kadar hükümün açığa çıkması birden fazla şartın varlığına bağlı ise de, gerçekte hüküm, en son gerçekleşen şartın varlığına bağlı olarak açığa çıkmaktadır. Hükümle ilişkileri bakımından gerçek şart işlevi görmemeleri sebebiyle, en son gerçekleşen şartın dışında kalan diğer şartlar, sûreten veya ismen şart olarak isimlendirilirler. Kısacası hanefî literatürde, sûreten veya ismen şart tabiri, gerçek şart işlevi taşımayan ve dolayısıyla hükümün varlığı kendi varlığına bağlanmayan şart türünü ifade etmek üzere kullanılmaktadır. el-Kâsânî, nisâb miktarına ulaşan malda zekâta hükmetmek için, o malın, tüm yıl boyunca değil, yalnızca bir kamerî yıl dolduğu anda (yılın sonunda) nisâb miktarında olmasını yeterli gören hanefî yaklaşımı, hakiki şart ve sûreten şart ile hüküm arasındaki ilişki üzerinden temellendirmektedir. Söz konusu örnekte, zekâtın kişiye farz olması (hüküm) bakımından, malın, yılsonunda nisâb miktarında olma özelliğini koruyor olması hakiki şart; buna karşılık yıl içinde nisâb miktarının altına düşmemiş olması da sûreten şart konumundadır. Dolayısıyla, mal sahibi bakımından zekât yükümlülüğüne hükmedebilmek için, sûreten şart konumunda olan unsurun dikkate alınmaması gerekmektedir. Çünkü bu unsurun varlığıyla hükümün varlığı arasında bir irtibat bulunmamaktadır.⁴⁹

Sözü edilen genel yaklaşımdan farklı olarak kimi hanefîler, hükümü önceleyen şartların birden fazla olması durumunda, bu şartların, birbirinden bağımsız farklı

47 el-Pezdevî, IV, 307; es-Serahsî, *Usûlu's-Serahsî*, II, 327-328; el-Habbâzî, 351; İbn Melek, 328; İbn Kutlûboğâ, 178. Bahse konu şart türünün tanımı ve mahiyeti hakkında ayrıca bkz. *el-Mevsûatu'l-fikhiyye*, I-XLV, Vizâretu'l-Evkâf ve's-Şuûni'l-İslâmiyye, Kuveyt 1412/1992, XXVI, ss. 7-8.

48 Sûreten şartın mahiyeti bakımından kavranabilmesinin, hükümün varlığı ile sûreten şartın varlığı arasındaki irtibatla bağlı hakkında bkz. İbn Melek, 328.

49 el-Kâsânî, IV, 281-282.

şartları değil, bir bütün halinde tek bir şartı temsil ettiği; dolayısıyla bunlar arasında hakikî şart-sûreten şart ayrımı yapılamayacağı görüşündedirler. Onlara göre, hükümün varlığı, en son açığa çıkan değil, şart konumunda olan unsurların tümünün varlığına bağlıdır. Örneğin İmâm Zufer'e göre, nisâb miktarına ulaşan mal hakkında zekâta hükmedilebilmesi için, o malın, yılın sonunda nisâb miktarında olma özelliğini korumasının dışında ayrıca yıl içinde de nisâb miktarının altına düşmemiş olması şarttır.⁵⁰

6. Alâmet Hükümünde Olan Şart

Hanefî kaynakların ilgili bölümleri incelendiğinde, hanefî hukukçuların alâmet hükmündeki şartı, mahiyeti bakımından tanımlamaktan ziyade, zinâ eden kimsenin *muhsan olması* ile *recm cezası* arasında ne tür bir ilişki olduğu sorunu bağlamında inceleme konusu ettikleri görülmektedir.⁵¹ Söz konusu ilişkinin, bir diğer ifadeyle *muhsan olma-recm cezası* ilişkisinin, hüküm-şart ilişkisi olarak mı yoksa hüküm-alâmet ilişkisi olarak mı kavranması gerektiğine ilişkin tartışmalar, sorumluluk hukuku bakımından farklı sonuçlar açığa çıkarmaktadır. Sorunun, sorumluluk hukuku açısından önemi, zinâ suçu işlemiş olan kimsenin muhsan olduğu hususunda şahitlik yapan, dolayısıyla cezanın *celde* değil *recm* olarak belirlenmesinde etkisi olan kişilerin (شهود الإحصان), suçluya recm cezası uygulandıktan sonra şahitliklerinden dönmeleri, kendileri bakımından recm edilen kişinin diyetini ödeme yükümlüğü doğurup doğurmayacağı konusunda açığa çıkmaktadır. Burada ceza infaz edildikten sonra şahitliklerinden dönen kimselerin, recm edilen kişinin zinâ ettiğine değil (شهود العلة/شهود الزنا), onun muhsan olduğuna şahitlik eden kimseler olduğu hususu önem arz etmektedir. Çünkü hanefîler, hüküm-illet, hüküm-şart ve hüküm-alâmet ilişkisinden her birini sorumluluk hukuku bakımından farklı değerlendirdikleri için, illetin gerçekleştiği hususunda şahitlik eden kimsenin şahitliğinden dönmesi ile şartın gerçekleştiği hususunda şahitlik eden kimsenin şahitliğinden dönmesi arasında fark gördükleri gibi, şart (şart-ı mahz) şahitlerinin (شهود الشرط) şahitliklerinden dönmeleri ile hükmün alâmeti konumunda olan unsurun varlığı veya gerçekleştiği hususunda şahitlik eden kimselerin şahitliklerinden dönmeleri arasında da hukukî sorumluluk bakımından fark görmektedirler. Bu açıdan bakıldığında hanefîlerin, alâmet hükmündeki şartı, hemen tümüyle *şahitlikten dönmelerin hukukî sorumluluğa etkisi* bağlamında ele aldıkları görülmektedir.

Muhsan olma/ihsân vasfı-recm cezası (hüküm) ilişkisinin, hüküm-şart ilişkisi çerçevesinde kavranması ile hüküm-alâmet ilişkisi çerçevesinde kavranması

50 el-Kâsânî, IV, 281-282;

51 Abdülazîz el-Buhârî, IV, 308-309; İbn Melek, 330-331.

arasındaki fark, öncelikle şart ve alâmetten her birinin illetle ilişkisinde açığa çıkmaktadır. Şöyle ki, alâmetin yegâne işlevi, yalnızca hükümün varlığının biçimsel bir göstergesi (muarrif) olmaktan ibarettir.⁵² Dolayısıyla alâmetin, ne illetin ne de hükümün açığa çıkmasında herhangi bir işlevi bulunmaktadır. İletin hüküm doğuracak şekilde açığa çıkmasında herhangi bir işlevi bulunmaması sebebiyle de, alâmetin, (şartta olduğu gibi) kimi durumlarda illet yerine ikâme edilerek hükümle irtibatlandırılması ve hükümün kendisine bağlanması söz konusu değildir. Daha açık bir ifadeyle, illet ihtiyârî bir fiil şeklinde açığa çıksın ya da çıkmasın, hükümle alâmet arasında, *hüküm-biçimsel gösterge ilişkisinin* ötesinde bir ilişki bulunmamaktadır.⁵³ Buna karşılık şart, yukarıda bahsi geçtiği üzere, illetin hüküm doğurabilmesi kendi varlığına/gerçekleşmesine bağlı olması sebebiyle, kimi durumlarda (illetin ihtiyârî fiil şeklinde açığa çıkmamış olması durumunda) illet yerine ikâme edilmekte ve hüküm kendisine bağlanmaktadır.

Muhsan olma-recm cezası ilişkisinde zinâ eden kişinin muhsan olmasını, alâmet olarak değerlendiren kimi hanefilere göre, zinâ eden kimsenin muhsan olduğu hususunda şahitlik eden kişilerin, suçluya recm cezası uygulandıktan sonra şahitliklerinden dönmeleri, kendileri bakımından herhangi bir hukukî sorumluluk, bir diğer ifadeyle recm edilen kişinin diyetini ödeme yükümlülüğü doğurmaz.⁵⁴ Çünkü hüküm-alâmet ilişkisinde alâmetin, hükümün varlığının biçimsel bir göstergesi olmanın dışında, ne hükümün açığa çıkmasında ne de illetin hüküm doğuracak şekilde işlevsel hale gelmesinde bir etkisi bulunmaktadır. Zinâ eden kişi hakkında, celde veya recm cezalarından birinin öngörülmesi, alâmet hükmündeki ihsân sıfatının varlığı (ya da yokluğu) sebebiyle değil, bizatihi zinâ fiilinin (illetin) varlığı sebebiyledir. Bu da göstermektedir ki, recm cezasının varlığı bakımından muhsan olma, hiçbir biçimde şart anlamı taşımamakta ve dolayısıyla hükümle bir irtibatı bulunmamaktadır.⁵⁵

Hanefîlerin çoğunluğuna göre ise, mahiyeti bakımından şart, *başka bir şeyin varlığı kendi varlığına bağlı olan şeydir*.⁵⁶ Muhsan olma-recm cezası ilişkisinde de benzer durum söz konusudur. Çünkü zinâ suçuna, ancak zinâ eden kimsenin muhsan olması durumunda recm cezası verilebilmektedir. Bir diğer ifadeyle recm cezasının varlığı, zinâ eden kimsenin muhsan olmasına bağlıdır.⁵⁷ Diğer taraftan, (ta'likî şartta olduğu gibi) hükmü çevreleyen herhangi bir unsurun biçimsel olarak illetten sonra gerçekleşmiş olmasını, o unsurun şart olarak nitelendirilmesinde

52 Hükümle ilişkisi açısından alâmetin mahiyeti hakkında bkz. eş-Şâzelî, Hasan Ali, "Alâmet" *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (DİA), Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1989, II, 335-336.

53 Abdulazîz el-Buhârî, IV, 309; İbn Melek, 330.

54 es-Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 46; el-Habbâzî, 352; en-Nesefî, *Keşfü'l-esrâr*, II, 440.

55 es-Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 46; Abdulazîz el-Buhârî, IV, 309; İbn Melek, 330; İbnu'l-Humâm, V, 283.

56 Abdulazîz el-Buhârî, IV, 309; İbn Melek, 330.

57 Abdulazîz el-Buhârî, IV, 309; İbn Melek, 330.

yegâne ölçüt kabul etmek, şartın mahiyetini kavrama bakımından yeterli değildir. Çünkü “şu eve girersen boş ol” örneğinde olduğu gibi, kimi durumlarda, her ne kadar illetin hüküm doğurması şartın gerçekleşmesine bağlı ise de, biçimsel olarak şart illetten sonra gerçekleşmektedir.⁵⁸ Söz konusu örnekte, “boş ol” sözü illeti, eşin eve girmesi ise şartı temsil etmektedir. Buna karşılık kimi durumlarda ise, şart, biçimsel olarak da illetten önce gerçekleşmektedir. Zinâ suçuna recm cezası öngörülebilmesi bakımından zinâ eden kimsenin muhsan olması şartı da, bu tür bir şarttır. Zinâ suçunu işlemeden önce (illetin gerçekleşmesinden önce) kişinin muhsan olması, muhsan olmanın recm cezasının şartı olmadığı anlamına gelmez.⁵⁹ Buna göre, illet-şart ve dolayısıyla hüküm-şart ilişkisinin kavranması, biçimsel olarak şartın illetten sonra gerçekleşmiş olması koşuluna değil, mahiyeti bakımından şartın *başka bir şeyin varlığı kendi varlığına bağlı olan şey* olarak tanımlanmasına bağlıdır. Ancak, özellikle belirtmek gerekir ki, muhsan olmayı, recm cezasının şartı olarak gören hanefî hukukçular, zinâ eden kimsenin muhsan olduğu hususunda şâhitlik eden kimselerin, suçluya recm cezası uygulandıktan sonra şâhitliklerinden dönmelerini, hukukî sorumluluk bakımından farklı değerlendirmektedirler. Zinâ eden kimsenin muhsan olmasını, recm cezasıyla ilişkisi bakımından şart-ı mahz konumunda değerlendiren hukukçulara göre, şâhitliklerinden dönen şâhitlerin hiçbir hukukî sorumlulukları bulunmamaktadır.⁶⁰ Muhsan olmayı, illet yerine ikâme edilebilen bir şart olarak değerlendiren hukukçulara göre, ihsân şâhitleri (شهود الإحصان) ile zinâ (illet) şâhitlerinden her birinin şâhitliklerinden dönmeleri durumunda, yalnızca zinâ şâhitlerinin recm edilen kişinin diyetini ödeme yükümlülüğü vardır. Çünkü söz konusu durumda hükmün illetine izâfesi mümkündür. Buna karşılık, yalnızca ihsân şâhitlerinin şâhitliklerinden dönmeleri söz konusu olduğunda, recm edilen kişinin diyetini ödeme yükümlülüğü ihsân şâhitlerine aittir.⁶¹ İmâm Zufer’e göre ise, ister tek başlarına isterse zinâ şâhitleriyle birlikte şâhitliklerinden dönmüş olsunlar, her iki durumda da ihsân şâhitlerinin, recm edilen kişinin diyetini ödeme yükümlülüğü vardır. Şu farkla ki, zinâ şâhitleriyle birlikte şâhitliklerinden dönmeleri durumunda, diyeti müştereken öderler. Çünkü zararlı sonucun açığa çıkması, illetin varlığına bağlı olduğu kadar şartın varlığına da bağlıdır. Dolayısıyla açığa çıkan zararlı sonuçtan, illet şâhitleri ile şart şâhitleri müştereken sorumlu tutulurlar.⁶²

58 Abdulazîz el-Buhârî, IV, 309.

59 Abdulazîz el-Buhârî, IV, 309.

60 el-Haddâd, II, 341. İhsân şâhitleri bakımından hukukî sorumluluğunun (diyeti tazmin yükümlülüğünün) değil fakat ta’zîr türünden bir cezaî sorumluluğun söz konusu olduğu hakkında bkz. Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstîlâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*, I-VIII, Bilmen Yayınevi, İstanbul, ty. VIII, 163.

61 İbn Melek, 330.

62 es-Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 46; Abdulazîz el-Buhârî, IV, 310.

7. Şart-Sebeup-İllet-Mâniin İzâlesi İlişkisi

Sebeup ve şartın, hükme konu olan zararlı sonuçla (ölüm, malın çalınması vb.) ve dolayısıyla hükümle irtibatı, geçen kısımlarda da ifade edildiği üzere, onların illetle olan ilişkisine ve illetin niteliğine göre şekillenmektedir. Aralarındaki sebeup-sonuç ilişkisi bakımından ifade etmek gerekirse, (sebeup hükmündeki, illet hükmündeki ve illete benzeyen şartta olduğu gibi) kimi şart türlerinin veya sebebin varlığı, illetin varlığının zorunlu bir ön koşulunu oluşturmaktadır. Bir diğer ifadeyle illet, ancak onların varlığına bağlı olarak açığa çıkmaktadır. Bununla birlikte illetin varlığı, her durumda şart veya sebebin varlığının zorunlu bir sonucu değildir. Bir diğer ifadeyle, şart-illet veya sebeup-illet ilişkisi her durumda zorunlu bir sebeup-sonuç ilişkisi biçiminde değildir.

İlletin varlığının, sözü edilen şart türlerinden birinin veya sebebin varlığına bağlı olması, illettten önce gerçekleşen şart ve sebebin, illetin mâniî konumunda olduklarını göstermektedir. Bu sebeple hanefiler, şartın ve sebebin varlığını/gerçekleşmesini, mâniin izâlesi olarak değerlendirmektedirler. İlletin varlığına mâni olan durumu (şart veya sebebi) gerçekleştiren, bir diğer ifadeyle mâniî izâle eden kişinin, illetin varlığına bağlı olarak açığa çıkan zararlı sonuçtan sorumluluğu ise, şart ile illet veya sebeup ile illet arasındaki ilişkinin, zorunlu bir sebeup-sonuç ilişkisi biçiminde olup olmamasına ve ayrıca illetin, ihtiyârî bir fiili temsil edip etmemesine göre şekillenmektedir. Örneğin, hanefilere göre, bir kimse, hırsızla, başkasına ait malın (çalacağı malın) yerini gösterse ve hırsız da o malı çalsa, malın yerini gösteren kimsenin herhangi bir hukukî sorumluluğu (tazmin yükümlülüğü) yoktur. Çünkü söz konusu durumda suç/hırsızlık suçü, malı bizzat çalan kimsenin iradesine bağlı olarak ihtiyârî bir fiil şeklinde açığa çıkmıştır.⁶³ Bu sebeple, her ne kadar illetin/hırsızlığın varlığı, şartın (malın yerini göstermenin) varlığına bağlı olsa da, malın çalınması ile şartın varlığı arasında bir irtibat bulunmamaktadır. Benzer şekilde, kâtile öldüreceği kişinin yerini gösteren kimsenin de, ölen kişinin diyetini ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır.⁶⁴ el-Kâsânî, mâniin izâlesi anlamına gelen şarta hüküm bağlanamayacağını, şu şekilde örneklemektedir: Bir kimse, insanların gelip geçtiği bir yerde kazdığı kuyunun ağzını, düşmeyi engelleyecek şekilde kapat-sa (veya gerekli tedbirleri alsın), daha sonra bir başka kimse gelip kuyuyu kapatan şeyi/engeli/mâniî kaldırırsa, kuyuya düşüp ölen üçüncü kimsenin ölümünden, engeli kaldıran değil, ilk olarak kuyuyu kazan kimse sorumlu tutulur. Çünkü engeli (düşmeyi engelleyen şeyi) kaldırma, mâniin izâlesi olduğu için onunla zararlı sonuç/ölüm arasında bir irtibat bulunmamaktadır.⁶⁵

63 es-Serahsî, *Usûlû's-Serahsî*, II, 307.

64 es-Serahsî, *Usûlû's-Serahsî*, II, 307.

65 el-Kâsânî, X, 355-356.

Söz konusu örneklerden farklı olarak, yağ dolu kabı delerek içindeki yağın akıp telefine sebep olan kimse ile asılı kandilin ipini keserek kırılmasına sebep olan kimse, açığa çıkan zararlı sonuçtan (itlaftan) doğrudan sorumlu tutulur. Çünkü her iki durumda da, mâniin izâlesi ile illetin açığa çıkması arasında zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisi bulunması sebebiyle, şartın, illet yerine ikâme edilmesi söz konusudur.⁶⁶ İlk örnekte, kabın delinmesi mâniin izâlesini/şartı, yağın akması illeti, yağın telef olması zararlı sonucu; ikinci örnekte ise ipin kesilmesi mâniin izâlesini/şartı, kandilin düşmesi illeti ve kandilin telef olması da zararlı sonucu temsil etmektedir. İletinin açığa çıkması ile şartın varlığı arasında zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisinin bulunmadığı, bununla birlikte zararlı sonucun yine de şarta izafe edildiği duruma ise, kaynaklarda, yolda kazılan kuyuya bir kimsenin düşüp ölmesi örneği verilmektedir. Söz konusu durumda, düşen kimsenin iradesine bağlı olarak ihtiyârî bir fiil şeklinde açığa çıkmadığı için, zararlı sonuç/ölüm, mâniin izâlesi konumunda olan şartın varlığına (kuyu kazmaya) izâfe edilmekte, bir diğer ifadeyle şart, illet yerine ikâmedilmektedir.⁶⁷

SONUÇ

Hanefî hukuk düşüncesinde, hukuka aykırı fiil sonucu açığa çıkan zararlı sonuçla şart arasında ne tür irtibat bulunduğu sorunu, özünde, şart ile illet arasında ne tür bir ilişki olduğu sorunu olarak ortaya çıkmaktadır. Şart ile illet arasındaki ilişkinin niteliği, şart kavramının tanımlanmasında olduğu kadar zararlı sonuçtan hukuken kimin sorumlu tutulacağı hususunda da belirleyici olmaktadır. Hanefî terminolojide şart, genel olarak, biçimsel olarak illetten sonra gerçekleşen ancak illete hüküm bağlanabilmesi kendi varlığına bağlı olan unsur biçiminde; sebep, zorunlu olarak illetten önce gerçekleşen ve dolayısıyla illetin varlığı kendi varlığına bağlı olan unsur biçiminde; illet ise, zararlı sonucun hemen akabinde kendisine bitişik olarak gerçekleştiği unsur biçiminde tanımlanmaktadır. Sebebi, sözü edilen şekilde tanımlamalarının bir sonucu olarak hanefiler, *sebepe hükmünde şart* tanımlamasında olduğu gibi, kimi durumlarda şartı sebebe benzetmekte; illet hükmünde şart, illet hükmünde sebep, illete benzeyen şart ve illete benzeyen sebep tanımlamalarında olduğu gibi, kimi durumlarda da şart ile sebebi aynı durumu ifade etmek üzere kullanılmaktadırlar. Bu husus göz önüne alındığında, hanefî hukuk düşüncesi bakımından hükmün şarta izafesi sorunu, tümüyle olmasa bile, belli ölçüde hükmün sebebe izafesi sorunu olarak da ortaya çıkmaktadır.

Hanefî hukuk düşüncesinde, zararlı sonucun ve dolayısıyla hükmün illetine izafesi esas olmakla birlikte, kimi durumlarda şarta izafesi de söz konusudur. Za-

66 es-Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 14; İbn Melek, 327.

67 Abdülazîz el-Buhârî, IV, 295; İbn Melek, 327.

zararlı sonucun, hangi durumlarda şarta izafe edileceği ya da edilmesi gerektiği ise, şart ile illet arasındaki sebep-sonuç ilişkisinin ve aynı zamanda illetin niteliğine göre belirlenmektedir. Şart ile illet arasındaki sebep-sonuç ilişkisinin zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisini temsil ettiği, bir diğer ifadeyle illetin varlığı şartın varlığının zorunlu bir sonucu olduğu; aynı zamanda illetin ihtiyârî bir fiil şeklinde açığa çıkmadığı durumlarda zararlı sonuç (dolayısıyla hüküm), şarta bağlanır. Dolayısıyla açığa çıkan zararlı sonuçtan, şartı gerçekleştiren kişi hukuken sorumlu tutulur. İletinin varlığı, şartın varlığının zorunlu bir sonucu olmadığı durumlarda ise, hukukî sorumluluğun belirlenmesinde yegâne ölçüt illetin niteliğidir. Şöyle ki, illetin ihtiyârî bir fiil şeklinde açığa çıkması durumunda, illeti gerçekleştiren kişinin hukukî sorumluluğu; illetin ihtiyârî bir fiil şeklinde açığa çıkmaması durumunda ise şartı gerçekleştiren kişinin hukukî sorumluluğu söz konusudur. Özellikle belirtmek gerekir ki, gasbedilen tohumun ekilmesiyle elde edilen ürünün (mülkiyetinin) gasbeden kişiye ait olduğu şeklindeki yaklaşım esas alındığında, hanefî hukuk düşüncesinde, şart-hüküm ilişkisinin, zararlı sonuç-şart ilişkisini aşan bir boyutunun olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Kısacası hanefî hukuk düşüncesinde, ister olumlu ister olumsuz/zararlı olsun, her türlü sonucun ihtiyârî davranışa izafe edildiği görülmektedir. Son olarak es-Serahsî'nin, kendisine illet işlevi yüklenen şartı, *illet hükmünde şart* ve *illete benzeyen şart* biçiminde ikiye ayırarak incelemesinin hukuk tekniği bakımından özgün bir yanının bulunduğunu özellikle belirtmemiz gerekmektedir.