

İSLAM HUKUKÇULARININ AİLE VE CEZA HUKUKUYLA İLGİLİ MESELELERİ SOSYOLOJİK VE PSİKOLOJİK AÇIDAN DEĞERLENDİRMELERİ¹

Doç. Dr. Ahmet AYDIN²

ÖZET

Sosyoloji ve psikoloji ilimleri son asırlarda gelişme göstermiş, önemli bilgiler sunarak insanlığa farklı ufuklar açmıştır. Bu iki ilmin alt dalları da, zamanla birer ayrı araştırma alanı olarak karşımıza çıkmaya başlamıştır. Bu bağlamda hukukla ilgili olarak hukuk sosyolojisi ve adli psikoloji branşları zamanımızda önemli mesafeler kat etmiştir. Bizler bu bildiride hukukun sosyoloji ve psikoloji ilmiyle ilişkisi bağlamında düşünülebilecek bir konuyu ele almaya çalışacağız. İslam hukukçularının hukuki meseleleri psikolojik ve sosyolojik faktörler bağlamında değerlendirmelerine temas edeceğiz. Onların bu yaklaşımı aile ve ceza hukuku alanlarındaki konular ekseninde ele alınacaktır. Bu iki alanın seçilmesinde etkili olan, hukuku bütün olarak ele almanın bildirinin sınırları açısından uygun olmaması yanında hukukçuların psikolojik ve sosyolojik değerlendirmelerinin daha ziyade bu iki alanda olduğunun fark edilmesidir. Böylece asırlarca etkili olan bir hukuk sistemine mensup hukukçuların hukukun iki farklı alanına psikolojik ve sosyolojik açıdan katkıları tespit edilmiş olacaktır.

İslam hukuku dört farklı ekolden oluşmakla birlikte, bu bildiride temel başvuru eserleri olarak Hanefî ekolüne ait literatür belirlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Aile, ceza, hukuk, sosyoloji, psikoloji.

SOCIOLOGICAL AND PSYCHOLOGICAL PERSPECTIVES OF ISLAMIC JURISTS ON FAMILY AND CRIMINAL LAW ISSUES

ABSTRACT

The sciences of sociology and psychology have developed in the last centuries providing important information to humanity and have opened different horizons. The sub-branches of these two sciences started to appear as independent research fields. In this context, the legal sociology and forensic psychology branches have made significant progress in our time. In this report, we will analyse a topic that can be considered in the context of the relation of law with sociology and psychology. We will touch upon Islamic jurists' evaluations of legal issues in the context of psychological and sociological factors. Their approach will be dealt with in the fields of family and criminal law. What are the effective factors in the selection of these two areas are that it is not appropriate to analyse the law as a whole, and our recognizing that the psychological and sociological evaluations of jurists generally in these two areas. Thus, the legal and sociological contributions of the jurists belonging to a legal system that has been effective for centuries to two different areas of law will be analysed.

Although Islamic law consists of four different schools, in this work, the literature of Hanafi school as the main reference works is determined.

Keywords: Family, Punishment, Law, Psychology, Sociology.

¹ Bu Makale 27-29 Ekim 2018 tarihleri arasında Manavgat-Antalya'da düzenlenen ASEAD 4. Uluslararası Sosyal Bilimler Sempozyumu'nda sunulan bildiriden geliştirilmiştir.

² İzmir Katip Çelebi Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi İslam Hukuku ABD

GİRİŞ

Sosyoloji ve psikoloji son asırlarda gelişme gösteren ilim dallarıdır. Bunlar ortaya çıktıktan belli bir zaman sonra alt dallara ayrılmıştır. Bu iki doktrin bazı ilim alanlarıyla karşılıklı etkileşim halinde farklı branşlar oluşturmuştur. Örneğin, sosyoloji hukuk ilişkisi hukuk sosyolojisini; psikoloji hukuk ilişkisi adli psikolojiyi doğurmuştur. Günümüz hukuku açısından ortaya çıkan bu gelişmeler, İslam hukukunun dahil olduğu önceki zamanlardaki hukuk sistemlerinde belirgin değildir. Bununla birlikte İslam hukukçularının eserlerinde hukuki meselelerin incelenmesinde sosyolojik ve psikolojik faktörlerin dikkate alındığına dair veriler bulunmaktadır.

Bu bildiriye İslam hukuku eserlerinde meseleler ele alınıp problemler çözülürken hukukçuların psikolojik ve sosyolojik unsurları itibara aldığı konular incelenecektir. Bu konuları daha ziyade ceza ve aile hukuku bağlamında tespit ettiğimizden hukukun bu iki önemli bölümüne ait metinlere başvurulacak ve bu konuda genel bir fikir verilmeye çalışılacaktır.

Ceza hukukunda psikolojik veya sosyolojik faktörlerin hukukçular tarafından dikkate alındığını tespit ettiğimiz meseleler; öldürme suçunda fail yakınlarının diyete iştiraki, vakfa ait köleyi kasten öldüren failin mesuliyeti, uyku halinde ölüme sebebiyet veren kişinin mesuliyeti, ölüm neticesinde psikolojik faktörlerin etkili olması, iştirak halinde icra edilen öldürmede bütün faillere ölüm cezasının verilmesi, çocuğu öldüren babaya ölüm cezası uygulanmaması, şehir mahallinde eşkıyalık suçuna ağır cezanın uygulanmaması, meşru müdafaa eylemleri, bazı suçlarda kadının cezasının hafifletilmesi ve bazı cezaların tatbikidir.

Aile hukukunda psikolojik veya sosyolojik faktörlerin itibara alındığı konular; babanın kıza ait mehri kendisinin alması, kız çocuğunun susmasının onun evliliğe onay verdiği anlamında değerlendirilmesi, nafakanın takdirinde örfün etkisi, kadının nikah akdini tek taraflı icra edebilmesi, eşin usul ve furu ile evlilik yaşayışının oluşma vakti, ölüm hastalığında boşanan kadının mirasçı olması, boşamada öfke halinin itibara alınması, boşamada kullanılan ifadelerde örfün etkisidir.

1. CEZA HUKUKUYLA İLGİLİ MESELELER

1.1. Öldürme Suçunda Fail Yakınlarının Diyete İştiraki

İslam hukukunda öldürme suçunda failin yakınlarının (âkile) diyet yaptırımına tabi tutulması, kasten öldürme eyleminde maktul yakınlarının faile tatbik edilecek kısas cezasını affedebilmeleri, öldürme suçu bağlamında günümüz hukukundan tamamıyla farklı yaklaşımlardır. Günümüzde öldürme suçundan dolayı faile kusurunun ağırlık derecesine göre hapis cezası infaz edilmekte ve bu bağlamda maktulün yakınlarının cezayı tamamen affetme yetkisi olmadığı gibi zarar gören tarafa para verme şeklinde bir yaptırım da söz konusu değildir.

Bunun sosyolojik analizi bağlamında şu değerlendirmeler yapılabilir: Sanayi inkılabıyla birlikte büyük ailenin çekirdek aileye dönüştüğünü görmekteyiz. Hatta çekirdek ailenin dahi günümüzde dağıldığına şahit oluyoruz. Diğer taraftan, insanlığın büyük aileler halinde yaşadıkları dönemlerde ferdî yaklaşımlardan ziyade toplum bilinci hakimdi.

Şahısların birbirleriyle yardımlaşma ve dayanışması üst seviyedeydi. Bu noktada aşiretler halinde yaşayan topluluklardan bir kimseye yönelik icra edilen öldürme eyleminin maktulün mensubu olduğu bütün aşirete yönelik algılanması psikolojik ve sosyolojik bir gerçeklikti. Bunun neticesi olarak, failin icra ettiği eylemin sadece bir kişinin fiili olarak değil; onun mensubu olduğu kabilenin bir eylemi olarak değerlendirildiğini düşünebiliriz. Böylece failin mesuliyetinin paylaşıldığını söyleyebiliriz.

Nitekim İslam hukukçularının yorumları da bu yöndedir. Onlar, failin yakın çevresinin onu öldürme suçu gibi hukukun yasakladığı bir eylemden engelleyemediklerini ve bu bağlamda kusurlu sayılmaları gerektiği belirtilmiştir.³ Bu değerlendirmede failin yakınları bir topluluk olarak adeta kusurlu olmalarının bedelini ödemektedirler. Nitekim cezaî ve malî yaptırımlar da kusurlu eylemin neticeleridir.

Hanefî metinlerinde, ayrıca günümüz hukukunda taksirle öldürmeye benzerlik arz eden hata ile öldürmede diyetin âkile tarafından karşılanmasının faili ağır mesuliyetten kurtarmaya yönelik bir yaklaşım olduğu⁴, böylece failin mesuliyetinin paylaşıldığı ileri sürülmektedir.

İslam hukukunda diyet ödemede âkilenin devreye girmesi sadece taksirli eylemler için söz konusu edilmekte, suç failinde kastın bulunduğu öldürme fiilleri için faile kısâs (ölüm cezası) tatbik edilmektedir. Maktulün yakınlarının kısâsı affetmesi halinde, fail diyet ödeme sorumluluğunu sadece kendisi üstlenmektedir. Diğer taraftan, taksirli eylemler için de failin tek başına diyet ödeme gibi ağır bir yaptırımdan sorumlu tutulmasının onun için bir cezalandırılma anlamına geleceği ve bunun isabetli olmadığı yorumu yapılmıştır.⁵

İslam hukukunun yürürlükte ve insanlığın genelde büyük aileler şeklinde yaşadıkları dönemde etkili olan âkile kurumu, kadınların öldürme eylemlerindeki sorumluluğunun tespitinde de belirleyici olmuştur. Şöyle ki, âkile failin erkek tarafından akrabalarını içermektedir. Yani, İslam hukukunda kadınlar âkileye dahil değildir. Bu bağlamda taksirle öldürme eylemini icra eden kadının mesuliyetinin ne olacağı sorusu gündeme gelmektedir. Hanefî ekolüne göre kadınlar âkileye dahil olmadıkları için bizzat gerçekleştirdikleri taksirle öldürme eylemlerinden dolayı diyet ödeme yaptırımına tabi tutulmazlar.⁶

Cezalarda şahsîlik ilkesiyle bağdaşmayan bu hükmün benimsenmesinde hukukçuların ortaya koydukları mezkur gerekçe, o günkü sosyolojik şartların neticesi olarak değerlendirilmelidir.

³ Şemsü'l-Eimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl Serahsî, *el-Mebsût*, Kâhire: Matbaatü's-Saâde, 1324-1331, XXVII, 125; Burhâneddîn Ali b. Ebî Bekr Mergînânî, *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedi*, İstanbul: Kahraman Yayınları, 1986, IV, 224; Ebû Bekr b. Mesûd b. Ahmed Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi' fi Tertîbi's-Şerâi'*, Beyrut: Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, 1982, VII, 255.

⁴ Serahsî, *Mebsût*, XXVII, 125-126.

⁵ Serahsî, *Mebsût*, XXVII, 125-126.

⁶ Serahsî, *Mebsût*, XXVII, 128; Mergînânî, *Hidâye*, IV, 227; Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd Bâbertî, *el-Înâye Şerhu'l-Hidâye*, Mısır, 1970, X, 401; Kemâleddîn Muhammed b. Abdülvâhid b. Abdülhamîd İbnü'l-Hümâm, *Şerhu Fethi'l-kadir*, Kahire: Matba'atu Mustafâ el-Bâbî el-Halebî, 1970, X, 402. Bu konuyla ilgili bkz. Ahmet Aydın, *Hanefî Fıkıh Literatüründe Öldürme Suçununun Maddî ve Manevî Unsurlarıyla İlgili Kavramların Gelişimi (Hicrî 4-9. Asırlar)*, (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013), s. 21-24.

1.2. Vakfa Ait Kölenin Kasten Öldürülmesi

İslam hukukunda sosyolojik faktörler, bazen failin cezaî mesuliyetinin tespitinde doğrudan etkili olmaktadır. Örneğin, İslam toplumunda vakıf çok önemli toplumsal bir müessese olarak mevcuttur. Bu nedenle köleye karşı icra edilen kasten öldürmeden dolayı failin ne tür bir ceza alacağına kölenin vakfa ait olması etkili olmaktadır. Normalde Hanefî ekolünde köleyi kasten öldüren faile kısâsen ölüm cezası tatbik edilmektedir. Kölenin bir vakfa ait olması halinde ise, vakfın yararı gözetilmekte ve kölenin kıymetinin fail tarafından ödenme yaptırımını getirilmektedir.⁷ Böylece failin mesuliyetinin ölüm cezasından para cezasına çevrilmesinde kölenin vakfa aidiyeti doğrudan etkili olmaktadır.

1.3. Uyku Halinde Ölüme Sebebiyet Verme

İslam hukukunda maktulün kan parası diyebileceğimiz diyetinin karşılanması üzerinde önemle durulmaktadır. Bu bağlamda öldürme eylemini gerçekleştiren kişinin çocuk veya deli olması, diyet sorumluluğunu düşürmemektedir. Kusur yeteneğini etkileyen bu gibi haller sadece cezaî mesuliyeti düşürmektedir. Aynı şekilde kusur yeteneğini etkileyen uyku hali de, diyet ödeme yaptırımına engel teşkil etmez. Bununla birlikte uyuyan bir kişinin üstten düşerek birini öldürmesi halinde, çoğu öldürme eylemlerinde olduğu gibi fail aynı zamanda mirastan mahrumiyet cezasına da çarptırılır. İlgili hükmün gerekçesi açıklanırken, hukukçular failin psikolojik halini göz önüne almışlar ve mirasa ulaşma kastıyla uykulu olmadığı halde uykulu gözükme suretiyle şahsın ölümüne sebep olabileceği ihtimali üzerinde durmuşlardır.⁸

1.4. Ölüm Neticesinde Psikolojik Nedenlerin Etkili Olması

Şahsın hissettiği üzüntü veya kaygı gibi psikolojik etkenlerin onun ölümünde etkili olması halinde, bu duruma neden olan failin eylemiyle netice arasındaki ilişkinin kesilip kesilmediği hususu Hanefî ekolünde ele alınmıştır. Buna göre, failin kazdığı kuyuya bir kimsenin düşerek ölmesi halinde fail diyetten sorumlu tutulurken; mağdurun kuyuya düştükten sonra orada üzüntü ve kaygı sonucu ölümü halinde failin mesuliyeti hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Ebû Hanîfe'ye (150/767) göre, mağdurun kuyuda psikolojik sebeplerle ölümü halinde, netice kuyu kazan şahsa nispet edilemez ve diyetten sorumlu olmaz. Aynı ekolün diğer iki hukukçusu ise kuyuyu kazarak şahsın oraya düşmesine sebep olan failin diyetten mesul olacağı kanaatini paylaşmıştır.⁹

Ebû Hanîfe'nin görüşünü gerekçelendiren Hanefî hukukçularından Kâsânî (587/1191), mağdurun kuyuda hissettiği kaygının insan tabiatının özelliği olduğundan bu hisle kuyu kazma fiili arasında ilişki kurulamayacağına temas etmiştir. Kuyunun kendisinin üzüntü ve kaygının kaynağı olamayacağına değinen müellif, psikolojik faktörlerin kişiden kişiye değişmesi nedeniyle failin mesul tutulamayacağını savunmuştur.¹⁰

⁷ Muhammed Emin b. Ömer İbn Âbidin, *Reddül-Muhtâr*, Kahire, 1966, VI, 532, *El-Fetâvâ'l-hindiyye*, Bulak: Matbaâtü'l-Kübrâ'l-Emîriyye, 1310, VI, 4; Aydın, *Öldürme Suçu*, s. 23.

⁸ Serahsî, *Mebûsüt*, XXVI, 104; İbn Âbidin, *Reddül-muhtâr*, VI, 531; Aydın, *Öldürme suçu*, s. 154-155.

⁹ Serahsî, *Mebûsüt*, XXVII, 14-15; Mergînânî, *Hidâye*, IV, 193.

¹⁰ Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 274-275; Aydın, *Öldürme suçu*, s. 177-178;

1.5. İştirak Halinde İcra Edilen Öldürme Eylemi

Hanefî ekolünde sosyolojik unsurun dikkate alındığı diğer bir mesele, iştirak halinde icra edilen öldürme nedeniyle faillerin tümüne kısâs cezasının tatbikidir. Kısâs cezasının eşitlik ilkesi gereği maktule karşılık onu öldüren faile uygulanması gerekir. Diğer taraftan faillerin birden çok kişi olduğu hallerde onların tümünün ölüm cezasına çarptırılması, ilk bakışta, cezada denklik prensibiyle uyuşmaz görünmektedir. Buna rağmen yine de cezanın bütün faille verilmesinin gerekçesi açıklanırken öldürme suçunun (ateşli silahların icat edilmediği dönemlerde) genelde iştirak halinde icra edildiği, failin tek olması halinde maktulün buna karşı koyabileceği, bu nedenle neticenin gerçekleşmesinin zor olacağı ileri sürülmüştür.¹¹

Bu bağlamda, faillerin tümüne ölüm cezasının tatbik edilmemesi halinde faillerin öldürme fiilini her zaman bu şekilde icra ederek kısâs cezasından kurtulma yoluna gidebilecekleri ileri sürülmüştür. Böylece failin cezaî mesuliyetinin tespitinde hukukçuların psikolojik faktörü dikkate aldıkları görülmektedir. Hukukçuların bu hükümde itibara aldıkları diğer bir psikolojik unsur, bu tür öldürme eylemlerine kısâs cezasının tatbik edilmemesi halinde insanlar arasında düşmanlıkların artmasıdır.¹²

1.6. Çocuğunu Öldüren Ebeveyne Kısâsın Tatbik Edilmemesi

İslam hukukunda çocuğunu öldüren babanın ölüm cezasına çarptırılmayacağı genelde kabul edilmiştir. Bunun gerekçesi açıklanırken diğer deliller yanında hukukçular psikolojik faktörleri dikkate almışlardır. Buna göre, babanın çocuğuna karşı sevgi ve şefkati onu öldürmeye engeldir. Bu nedenle babaya karşı kısâs cezası yerine diyet yaptırımını getirilmiştir. Diğer taraftan çocuğun babasını öldürmesi halinde, çocuğa kısâs cezası uygulanacağını belirten hukukçular bu noktayı da psikolojik açıdan izah etmişlerdir. Onlar, çocuğun babaya karşı sevgisinin babanın çocuğuna sevgisi derecesinde olmadığını ve çocuğun mirasa ulaşmak gibi birtakım nedenlerle böyle bir suçu icra edebileceğini ileri sürmüşlerdir. Ancak bu noktada ileri sürülen psikolojik izahın isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Nitekim Mâlikî ekolünde bu görüş benimsenmemiştir.¹³

1.7. Hırsızlık Suçuyla İlgili Hükümler

İslam hukukunda hırsızlık yapan faile el kesme cezası tatbik edilmektedir. Ancak hırsıza bu cezanın uygulanması için çalınan malın belli bir miktara ulaşmış olması gerekir. Bu değer altındaki bir malın çalınması halinde faile belirtilen ağır ceza yerine daha hafif bir ceza tatbik edilir. Hukukçular bu hükmün gerekçesini psikolojik ve sosyolojik unsurlarla izah etmişlerdir. Buna göre, belli maddî değeri olmayan şeyleri koruma ihtiyacı hissedilmez ve bunların gizlice çalınması da söz konusu olmaz. İslam hukukunda ise, faile ceza tatbiki için hırsızlık suçunda çalınmak istenen şeyin koruma mahallinden gizlice alınması şart kılınmıştır.¹⁴

¹¹ Serahsî, *Mabsût*, XXVI, 127; Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 239; Bâbertî, *İnâye*, X, 243.

¹² Serahsî, *Mabsût*, XXVI, 127; Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 239; Bâbertî, *İnâye*, X, 243. Ahmet Aydın, "İtibar Gâlib-i Şâyiadır, Nadire Değildir" İlkesinin Ebû Hanîfe'nin Suç-Ceza Teorisine Etkisi, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2015, sayı: 25, s. 278-279.

¹³ Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 235; Zeyleî, *Tebyîn*, VI, 105; Abdüsselâm b. Sa'îd Tenûhî Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, ty., IV, 498; Ebû Abdullah Şemseddîn Muhammed b. Ahmed ed-Desûkî, *Hâşiyetü'd-desûkî 'alâ Şerhi'l-kebîr*, Beyrût, 1230/1815, IV, 267. Bu konuda bkz. Ahmet Aydın, *İtibâr*, s. 279-280.

¹⁴ Serahsî, *Mabsût*, IX, 136; Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 67-68; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, V, 356.

Aynı şekilde kefen çalan faile hırsızlık suçunun ağır cezasının uygulanmamasını savunan hukukçuların gerekçelerinden biri de, normal insan tabiatının böyle bir şeye meyletmemesidir.¹⁵¹⁶

1.8. Şehirde Eşkîyalık Yapan Suçlulara Ağır Ceza Olan “Had”din Tatbik Edilmemesi

İslam hukukunda eşkıyalık suçu cezasının şehirde gerçekleştirilen eylemler için tatbik edilip edilmeyeceği hukukçular arasında tartışılmıştır. Hanefî ekolünün lideri Ebû Hanîfe, eşkıyalık suçunun şehirde icra edilmesinin zor olduğunu dikkate alarak bu tür eylemlere eşkıyalık suçu için belirlenen cezanın verilmeyeceğini ileri sürmüştür. Onun bu konuda sosyolojik faktörleri dikkate aldığı görülmektedir. Şehirlerin eşkıyalık suçuna karşı daha güvenilir olduğu kanaatine onu sevk eden, bu bölgelerde nüfusun yoğun olması, güvenlik güçlerinin mevcudiyeti ve insanların birbirlerinin yardımına koşmasıdır.¹⁷

1.9. Meşru Müdafaa

Bir suçun oluşabilmesi için onun birtakım unsurlarının bulunması gerekmektedir. Bunlardan biri de, hukuka aykırılık unsurudur. Buna göre, bir eylemin suç olarak kabul edilebilmesi için onun hukuka aykırı olması gerekir. Hukuka uygunluk nedenlerinden birini içeren eylem, suç teşkil etmez. Hukuka uygunluk nedenlerinden biri, meşru müdafaa'dır. Bu bağlamda, kendisine yapılan saldırıyla orantılı olarak onu savuşturan failin fiili suç olarak değerlendirilmez. Bu noktada İslam hukukçularının birtakım ölçüler belirledikleri ve bunu yaparken sosyolojik unsurları dikkate aldıkları görülmektedir.

Hanefî ekolünde, kendisine sopayla saldıran bir kimseyi öldüren kişinin eylemi gece ve gündüz vakti işlenmesine göre farklı değerlendirilmiştir. Gündüz vakti kendisine sopayla saldıran faili öldüren kişi orantısız güç kullandığı için yaptığı eylemden sorumlu olmaktadır. Gece vakti sopayla saldıranı öldüren kişi ise meşru müdafaa hükümlerinden yararlanmaktadır. İki eylem hakkında farklı hükme varılma nedeni, birinci eylemde mağdurun etrafından yardım alabilme imkanındır. Diğer taraftan, gece vakti insanlar uykuda olduklarından yardım isteyen kişinin imdadına yetişemeyeceklerdir. Bu nedenle mesuliyet her iki fiilde farklı değerlendirilmiştir.¹⁸

1.10. Bazı Suçlarda Kadının Cezasının Hafifletilmesi

Hanefî ekolünde kamu güvenliğini ihlal edici nitelikte düşünülen bazı suçlarda kadının konumu erkeğe kıyasla farklı değerlendirilmekte ve ona ilgili suçlarda ölüm cezası verilmeyeceği, daha hafif yaptırımlar uygulanacağı benimsenmektedir. Buna göre, isyan suçu ve din değiştirmede kadına ölüm cezası tatbik edilmeme gerekçesi, bu tür eylemlerin devlete karşı savaş olarak yorumlanması, kadının ise genelde savaşçı olmadığı kabul edilmesidir.¹⁹ Burada o günkü toplumsal koşulların itibara alındığı söylenebilir. Kadının ordu komutanlığı yapmaması, idareci olmaması gibi hususların onun ilgili suçlarda cezasının erkeğe göre hafifletilmesinde etkili olduğu düşünülebilir.

¹⁵ Mergînânî, *Hidâye*, II, 121.

¹⁶ Ahmet Aydın, Hanefî Doktrininde Hırsızlık Suçunda Şekil Unsuru ve Cezaî Mesuliyete Etkisi, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sayı 24 (2014), s. 267-284.

¹⁷ Serahsî, *Mebûsât*, IX, 201; Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 92-93; Aydın, *İtibâr*, s. 286-287.

¹⁸ Serahsî, *Mebûsât*, X, 134-135; Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 93; Aydın, *İtibâr*, s. 289.

¹⁹ Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 91.

Örneğin, Hanefî hukukçusu Kâsânî, dinden çıkma suçunu yorumlarken bu noktada kadının erkeğe tabi olduğunu ileri sürmektedir. Ona göre, erkeğin din değiştirmesi halinde eşinin de ona tabi olarak din değiştireceğini; aksi durumun ise söz konusu olmadığını belirtmiştir.²⁰

1.11. Cezanın Tatbiki

İslam hukukunda, evli kişilerin zina suçunu işlemesi halinde cezaları ağır yaptırım olan recmdir. İlgili cezanın ağırlığı nedeniyle tatbikinin zorlaştırıldığını ve bu noktada bazı ilkeler benimsendiğini görmekteyiz. Bu ilkelerden biri, cezanın tatbikine tanıkların başlamasının talep edilmesidir. Tanıklardan böyle bir şey istenmesindeki saik, yalan tanıklık yapma ihtimallerine binaen onların cezalandırılacak şahsın haline acıyarak yaptıklarına pişmanlık duymaları, böylece tanıklıktan vazgeçmelerinin sağlanmasıdır.²¹ Bu hükümde psikolojik faktörler belirleyici olmuştur.

2. AİLE HUKUKUYLA İLGİLİ MESELELER

2.1. Babanın Kızına Ait Mehri Alması

İslam hukukunda mehir, evlenen kadının hakkıdır. Diğer taraftan Hanefî hukukçular, babanın ilk kez evlenecek kızının mehrini alabileceğini birtakım sosyolojik unsurlarla izah etmişlerdir. Bunu gerekçelendirirken hukukçular kız çocuğunun ilk evliliğinde mehir almaktan utanabileceği, babanın da kendi malını katarak kızının cehizini hazırlamak için mehri kullanabileceğini ileri sürmüşlerdir. Diğer taraftan ikinci defa evlenen kadının mehrini babasının alamayacağı hükmünün gerekçesi ise, cehiz hazırlama işleminin bir kereye mahsus olması ve babanın ikinci kez cehiz hazırlamamasıdır.²²

2.2. Ölüm Hastalığında Boşanan Kadının Mirasçı Olması

İslam hukukunda boşama yetkisi erkeğe aittir ve boşanma gerçekleştiğinde eşler arasında herhangi bir hukukî ilişki kalmayacağından birbirlerine mirasçı olmaları da söz konusu değildir. Diğer taraftan erkeğin boşama yetkisini kendi ölüm hastalığında kullanması halinde İslam hukukçularının çoğunluğu bu işlemin kadını mirastan mahrum etmeye yönelik olduğu gerekçesiyle²³ kadının boşama tasarrufuna rağmen erkeğe mirasçı olacağı görüşünü benimsemişlerdir. Hukuk ekolleri kadının bu durumda hangi hallerde mirasçı olacağı hususunda farklı fikirlere sahiptir. Diğer taraftan, boşamadan sonra eşler arasında miras ilişkisini kabul etmeyen Şâfiî ekolü bu görüşe katılmamıştır.²⁴

²⁰ Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 135; Aydın, *İtibâr*, s. 288.

²¹ Serahsî, *Mabsût*, IX, 51; Mergînânî, *Hidâye*, II, 96; Aydın, *Öldürme Suçu*, s. 18, Dipnot 85.

²² Serahsî, *Mabsût*, V, 3.

²³ Serahsî, *Mabsût*, VI, 157; Kâsânî, *Bedâi'*, III, 220; Ebu'l-Berekât Ahmed b. Muhammed Adevî Derdir, *eş-Şerhu'l-kebir alâ Muhtasarı Halîl*, y.y., t.y, II, 353; Ebû Abdullah Muhammed b. Abdullah el-Mâlikî Haraşî, *Şerh alâ muhtasarı Halîl*, Beyrut, t.y, IV, 18; Ebû'l-Hasan Alâeddîn Ali b. Süleymân b. Ahmed Merdâvî, *el-İnsâf fi ma'rifeti'r-râcih mine'l-hilâf alâ mezhebi'l-imâmi'l-mübeccel Ahmed b. Hanbel*, Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, 1986, VII, 356; Mustafa es-Suyûtî Ruhaybânî, *Metâlibü üli'n-nühâ fi şerhi Gâyeti'l-müntehâ*, Dımaşk, 1961, IV, 653; Ahmet Aydın, *İslam Aile Hukukunda Sebebin Netice Gibi Hüküm Doğurması*, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2017 (29), s. 221-241.

²⁴ Şemseddîn Hatîb Muhammed b. Ahmed Şirbînî, *Mugni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti meânî elfâzi'l-Minhâc*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, t.y, III, 294; Şemseddîn Muhammed b. Ahmed b. Hamza el-Ensârî Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc ilâ şerhi'l-Minhâc*, Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1984, VI, 454.

2.3. Boşamada Öfke Halinin İtibara Alınması

İslam hukukunda boşama yetkisini elinde bulunduran kocanın eşine söylediği bazı kapalı sözlerin boşama tasarrufu olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışılmıştır. Bu gibi durumlarda genelde söylediği sözle kocanın ne kastettiğini kendi irade beyanı ekseninde belirleyen bir yaklaşım vardır. Diğer taraftan kocanın *öfke halinde* hem boşamaya hem de farklı bir hususa işaret eden sözler söylemesi halinde bazı kapalı ifadeler boşama olarak nitelendirilmektedir. Burada kocanın o sözle neyi kastettiği değil; psikolojik durumu dikkate alınarak boşama hükmü verilmektedir.²⁵

Hanbelî ekolünde de, *öfke halinde* kapalı ifadeler kullanan kocanın eşini boşadığı neticesine varılmaktadır.²⁶

2.4. Boşamada Kullanılan İfadelerin Değerlendirilmesinde Örfün Etkisi

İslam hukukunda bazı meselelerde kişilerin irade beyanlarında kullandıkları ifadelerin ne anlama geldiği hususunda örfün itibara alındığı görülmektedir. Örneğin, Mâlikî hukukçular boşama tasarrufunda kullanılan bazı kapalı kelimelerin boşamayı ifade edip etmediği hususunda içinde yaşanan toplumun örfünün belirleyici olacağını ileri sürmüşlerdir. Buna göre, bir ifadenin toplumda boşama için kullanımı yaygın adetse o kelime boşama tasarrufunu ifade etmektedir.²⁷ Bu bağlamda, hukuk kitaplarında belli bir kelime boşamayı ifade etse dahi örfte yaygın olarak böyle bir şey söz konusu olmadığında hukuk kitaplarına değil; örfte itibar edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.²⁸

2.5. Nafakanın Takdirinde Örfün Etkisi

Hanefî metinlerinde kadının nafakasının örfte göre belirleneceği ifade edilmiştir. Kadına nafaka verilmediğinde hakime başvurma hakkı bulunmaktadır. Bu durumda mahkeme örfte göre nafaka takdir edecektir. Ayrıca nafakada kadının sosyal statüsü vb. durumların da itibara alınması gerektiği belirtilmiştir.²⁹

2.6. Kadının Nikah Akdini Tek Taraflı İcra Edebilmesi

Hanefî hukukçular ergen kızın veli izni almaksızın evlenebileceği kanaatindeydi. Buna izin vermeyen diğer hukukçulara karşı Hanefîler, velinin kızın nikahına karışmasında temel etken olarak onun dengi olmayan biriyle evlenme ihtimaline yer verirler ve kızın dengi olmayan biriyle evlenmesinin onun akrabalarının onuruna zarar vereceği anlayışına temas ederler. Bu nedenle, Hanefî ekolünde, dengi olmayan biriyle evlenen kızın yaptığı nikah akdini yakınlarının fesih yetkisi bulunmaktadır.³⁰

²⁵ Serahsî, *Mebûsât*, VI, 80-81; Merginânî, *Hidâye*, I, 242; *el-Fetâvâ'l-hindiyye*, I, 375. Ahmet Aydın, *İslam Boşanma Hukukunda Beyanın Değerlendirilmesinde Etkili Unsurların Sübjektif Nazariye Açısından Analizi*, İzmir, 2016, s. 80-84.

²⁶ Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed İbn Kudâme, *el-Muğnî*, Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, t.y., VII, 295; Merdâvî, *el-İnsâf*, VIII, 465-466.

²⁷ Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, II, 380; Ahmed b. Muhammed Sâvî, *Bülğatü's-sâlik li-akrabi'l-mesâlik*, Beyrut, 1415/1995, II, 366.

²⁸ Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, II, 380; Sâvî, *Bülğatü's-sâlik*, II, 366. Aydın, *Boşanma Hukuku*, s. 90-97.

²⁹ Serahsî, *Mebûsât*, V, 181-183.

³⁰ Serahsî, *Mebûsât*, V, 13.

Eşler arasında denklik konusunun fıkıh kitaplarında uzun tahlillerine rastlamaktayız. Örneğin, denkliğin Arapların arasında çok önemli bir unsur olduğuna temas eden Serahsî, onların savaş meydanlarında bile ikili dövüşlerde karşılıklarına çıkacak kimselerin kendilerine denk olmasını istediklerini belirtmiştir.³¹

Denkliğin kadın için aranması aslında o günkü toplumsal anlayışın bir uzantısı olarak değerlendirilebilir. Nitekim kadının kendisinden daha üst konumdaki biriyle evlenmesi halinde velilerin bu akdi fesih yetkisinin olmadığı belirtilirken, bu durumda erkeğin velisinin onun evlendiği kızın daha alt seviyede olmasından dolayı toplumun kınamasına maruz kalmayacağı ileri sürülmüştür.³²

Aile hukukunda eşler arasında denklik gibi önemli hususlardan biri de, emsal mehirdir. Kendisi veya bir velisi tarafından evlenen kızın karşı taraftan emsal mehir dediğimiz akrabası olan kızların evlenirken aldıkları mehrin benzerini alması gerekir. Şayet bundan düşük bir mehirle evlenirse diğer velilerin itiraz hakkı doğmaktadır. Zira bu davranışın velilerin onuruna zarar verdiği, onların mehrin tam olmasıyla gurur duydukları, eksik olmasını utanç sebebi saydıkları ileri sürülmüştür. Bunun nedeni, o dönemlerde genelde zina eden kadınların düşük mehirle evlendiği şeklindeki toplumsal kabuldür.³³

2.7. Kız Çocuğunun Susmasının Evliliğe Onay Anlamında Yorumlanması

Hanefî hukukçular, daha önce evlenmemiş bir kız çocuğuna evlilik teklifi yapıldığında susması halinde, bunun onay anlamına geldiğini belirtmişlerdir. Bunun gerekçesi olarak, kız çocuğunun utanması sebebiyle “evet” demekten sakınabileceği ileri sürülmüştür. Evlilik teklifine kızın gülmesi aynı bağlamda değerlendirilmiş, alaylı gülümsemesi ise inkar anlamında yorumlanmıştır.³⁴

Erkek çocuğunun evlilik teklifi karşısında susması ise onay olarak değerlendirilmemektedir. Bunun gerekçesi, onun böyle bir durumda susmasının kadınsı bir davranış olarak kabul edilmesi ve toplumun yadırgadığı bir tavır olmasıdır.³⁵

Dikkat edilirse hukukçular tarafların davranışlarını psikolojik unsurlara göre değerlendirirken, kendi dönemlerinin yaklaşımlarını yansıtmaktadırlar. Yani onların değerlendirmelerinde sosyolojik unsurlar belirleyicidir, denebilir.

2.8. Eşin Usul ve Furu ile Evlilik Yasağının Oluşma Vakti

İslam hukukunda kişiler evlendikleri şahısların usul ve furu ile evlilik yapamazlar. Bu evlilik yasağının başlangıç anı ise evlenecek kişinin usul ve furu açısından farklı değerlendirilmiştir. Örneğin, erkek kadınla nikah akdi yaptığı anda onun annesiyle arasında evlilik yasağı başlamaktadır.

³¹ Serahsî, *Mebûsât*, V, 23.

³² Serahsî, *Mebûsât*, V, 29.

³³ Serahsî, *Mebûsât*, V, 14.

³⁴ Serahsî, *Mebûsât*, V, 4.

³⁵ Serahsî, *Mebûsât*, V, 6.

Diğer taraftan evlendiği kadının kızıyla arasında evlilik yasağının oluşabilmesi için mücerret nikah akdi yeterli değildir; aynı zamanda cinsel birleşme de gereklidir. İlgili konuyu İslam hukukunda psikolojik ve sosyolojik açıdan açıklayan iki farklı metne rastlanmıştır.

Mâlikî eserlerde konunun psikolojik açıdan izah edildiği görülmektedir. Buna göre, kadının kızına karşı sevgisi, kızın anneye olan sevgisinden daha ziyadedir. Bu nedenle kocanın nikah akdinden hemen sonra kadını boşayarak onun kızıyla evlenmesi halinde annenin kızına olan sevgisi nedeniyle kıskançlık beslemeyeceği ileri sürülmektedir. Aksi durumda ise, kızın özellikle yaş küçüklüğü nedeniyle eş merakı olacağı, böyle bir durumda anneye karşı haset besleyebileceği belirtilmekte, bunun engellenmesi için de annesiyle evlendiği erkek arasında evlilik yasağının mücerret nikah akdiyle hemen başladığı belirtilmektedir.³⁶

Dikkat edilirse usulün fûrua karşı daha ziyade sevgisi olduğu; aksinin böyle olmadığı şeklindeki gerekçe daha önce babanın oğlunu öldürmesi halinde kendisine ölüm cezası tatbik edilmemesi hükmüyle ilgili gerekçeyle aynıdır. Bununla birlikte tenkide açık olan bu psikolojik gerekçelendirmeye sınırlı sayıda bazı Mâlikî metinlerde temas edildiği tespit edilmiştir.

Şâfiî hukukçuların meseleyi sosyolojik açıdan değerlendirdikleri görülmektedir. Onlara göre bu durum, erkeğin nikah akdinden sonra kızın annesiyle görüşmek zorunda olması açısından kendi lehinedir. Zira anneye arasındaki evlilik engeliyle birlikte kızın annesi onun da validesi olmakta ve düğün vb. konularda rahatlıkla konuşabilme imkanına kavuşmaktadırlar.³⁷

SONUÇ

İslam hukuku dini naslara dayanan, bu bağlamda başlıca kaynakları kitap ve sünnet olan kurallar bütünüdür. İlgili hukuk sisteminde ortaya konan hükümlerin sözü edilen kaynaklarla delillendirilmesi ulaşılan neticelerin temellendirilmesi bağlamında büyük önemi haizdir. Bununla birlikte İslam hukukçularının hukukî meseleleri çözerken sadece dini kaynaklarla yetinmedikleri, içtihatlarını aklî birtakım gerekçelerle de delillendirdikleri görülmektedir. Bildiride incelediğimiz hükümlerin sosyolojik ve psikolojik açıdan değerlendirilmesi bu bağlamda düşünülebilir.

İslam hukukçularının sosyolojik ve psikolojik yorumlara bazen naklî deliller yanında başvurdukları görülmektedir. Örneğin, iştirak halinde icra edilen öldürme eylemlerinde öldürülen bir kişiye karşı bütün failere ölüm cezası verilmesi denklik ilkesine aykırı olmakla birlikte, o dönemlerin şartlarında eylemlerin genelde iştirak halinde icra edildiği dikkate alınarak ilgili hükmün benimsenmesi bu kapsamdadır. Bazen ise naklî delillerin olmadığı durumlarda tek gerekçelendirme metodu olarak ilgili unsurlara başvurulmuştur. Örneğin, vakfa ait kölenin kasten öldürülmesi halinde faile ölüm cezası yerine vakfın yararı gözetilerek kölenin bedelini ödeme yükümlülüğü getirilmesi böyledir.

³⁶ Şehabeddin Ahmed b. İdris b. Abdürrahim Karâfi, *ez-Zehîra*, Beyrut, 1994, IV, 261; Haraşî, *Şerh*, III, 208.

³⁷ Zekeriyâ b. Muhammed b. Ahmed Ensârî, *Esne'l-metâlib Şerhu Ravzi't-tâlib*, Beyrut, 2000, III, 150; Şirbînî, *Mugni'l-muhtâc*, III, 177; Aydın, *Aile Hukuku*, s. 231-232.

Ceza ve aile hukukuyla ilgili örnekler kıyaslandığında aileyle ilgili hükümlerde İslam hukukunda örfün, sosyolojik unsurun daha etkili olduğu söylenebilir. Nafakanın ve mehrin takdirinden eşler arasındaki denklige kadar birçok meselede örfün etkisi görülmektedir. Yapısı gereği aile hukukunun buna müsait olduğu söylenebilir. Aynı zamanda sosyolojik değerlendirmelerin bulunduğu metinler, hukukçuların yaşadığı dönemlerdeki toplum yapısı hakkında bilgi verici nitelikte gözükmemektedir.

KAYNAKÇA

AYDIN, Ahmet, *Hanefî Fıkıh Literatüründe Öldürme Suçunun Maddî ve Manevî Unsurlarıyla İlgili Kavramların Gelişimi (Hicrî 4-9. Asırlar)*, (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013).

AYDIN, Ahmet, Hanefî Doktrininde Hırsızlık Suçunda Şekil Unsuru ve Cezaî Mesuliyete Etkisi, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sayı 24 (2014), s. 267-284

AYDIN, Ahmet, “İtibar Gâlib-i Şâyiadır, Nadire Değildir” İlkesinin Ebû Hanîfe'nin Suç-Ceza Teorisine Etkisi, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2015, sayı: 25, s. 275-297.

AYDIN, Ahmet, *İslam Boşanma Hukukunda Beyanın Değerlendirilmesinde Etkili Unsurların Sübjektif Nazariye Açısından Analizi*, İzmir, 2016, s. 80-84.

AYDIN, Ahmet, İslam Aile Hukukunda Sebebin Netice Gibi Hüküm Doğurması, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2017 (29), s. 221-241.

BÂBERTÎ, Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd, *el-İnâye şerhu'l-Hidâye*, Mısır, 1970.

DESÛKÎ, Ebû Abdullah Şemseddîn Muhammed b. Ahmed, *Hâşiyetü'd-Desûkî alâ Şerhi'l-kebîr*, Beyrut: Dâru'l-Fikr, t.y.

DERDÎR, Ebu'l-Berekât Ahmed b. Muhammed Adevi, *eş-Şerhu'l-kebîr alâ Muhtasarı Halîl*, y.y., t.y.

ENSÂRÎ, Zekeriyâ b. Muhammed b. Ahmed, *Esne'l-metâlib Şerhu Ravzi't-tâlib*, Beyrut, 2000.

EL-FETÂVÂ'L-HİNDİYYE, Bulak: Matbaâtü'l-Kübrâ'l-Emîriyye, 1310.

İBN ÂBİDİN, Muhammed Emin b. Ömer, *Reddü'l-Muhtâr*, Kahire, 1966.

İBNÜ'L-HÜMÂM, Kemâleddîn Muhammed b. Abdülvâhid b. Abdülhamîd, *Şerhu Fethi'l-kadîr*, Kahire: Matba'atu Mustafâ el-Bâbî el-Halebî, 1970.

İBN KUDÂME, Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed, *el-Muğnî*, Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, t.y.

HARAŞÎ, Ebû Abdullah Muhammed b. Abdullah el-Mâlikî, *Şerh alâ muhtasarı Halîl*, Beyrut, t.y.

KARÂFÎ, ez-Zehîra, Beyrut, 1994.

KÂSÂNÎ, Ebû Bekr b. Mesûd b. Ahmed, *Bedâiu's-Sanâi' fî tertibi's-şerâi'*, Beyrut: Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, 1982.

MERDÂVÎ, Ebü'l-Hasan Alâeddîn Ali b. Süleymân b. Ahmed, *el-İnsâf fî ma'rifeti'r-râcih mine'l-hilâf alâ mezhebi'l-imâmi'l-mübeccel Ahmed b. Hanbel*, Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, 1986.

MERGÎNÂNÎ, Ebü'l-Hasan Burhâneddîn Ali b. Ebî Bekr, *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübedî*, İstanbul: Kahraman Yayınları, 1986.

REMLÎ, Şemseddîn Muhammed b. Ahmed b. Hamza el-Ensârî, *Nihâyetü'l-muhtâc ilâ şerhi'l-Minhâc*, Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1984.

RUHAYBÂNÎ, Mustafa es-Suyûtî, *Metâlibü üli'n-nühâ fî şerhi Gâyeti'l-müntehâ*, Dimaşk, 1961.

SAHNÛN, Abdüsselâm b. Saîd Tenûhî, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, t.y.

SÂVÎ, Ahmed b. Muhammed, *Bülgatü's-sâlik li-akrabi'l-mesâlik*, Beyrut, 1415/1995.

SERAHSÎ, Ebû Bekr Şemsü'l-Eimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl, *el-Mebsût*, Kâhire: Matbaatü's-Saâde, 1324-1331.

ŞİRBÎNÎ, Şemseddîn Hatîb Muhammed b. Ahmed *Mugni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti meânî elfâzi'l-Minhâc*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, t.y.