

AKIDLERDE VE HUKUKİ İŞLEMLERDE «KASDIN» ROLÜ*

Prof. Dr. Abdülkerim ZEYDAN

Çev. : Yrd. Doç. Dr. Ali BARDAKOĞLU**

GİRİŞ :

1. Kâsd niyet demektir. Niyetin İslâm Hukukunda önemli bir yeri vardır. Ayrıca niyet, Ahiretteki mükâfâtın da sebebidir. Böyle olduğu içindir ki, bir amel bazen Allah katında beğenilirken bazen de görünüşte bütün sıhhat şartları tamam olduğu halde Allah tarafından kabul edilmeyip geri çevrilir. Nitekim Hz. Ömer'in (v. 23/643) rivâyet ettiği sahîh bir hadiste Hz. Peygamber (S.A.V.) şöyle buyurmuştur : «Ameller niyetlere göredir. Herkes için niyet ettiği şey vardır. Kim Allah ve Rasûlü için göç ederse onun hicreti Allah ve Rasûlü için olmuş olur. Kimin de hicreti ulaşmak istediği bir dünyâ malı veya evlenmek istediği bir kadın için olursa, onun da hicreti, uğruna yola çıktığı bu şeyler için olmuş olur» (1). Bu hadis açıkca delâlet etmektedir ki insanın yaptığı işlerden eline geçen sadece kast ve niyet ettiği şeydir. Şayet yaptığı işten maksadı Al-lâhın rızasını kazanmak, ona itâat etmek ve koyduğu kurallara uymak idiyse o bu ameline karşılık sevap alır. Fakat bu işten maksadı kadın, şöret, mevki mal gibi dünyaya ait bir gâyenin elde edilmesi içinse ancak kasteddiği vardır. Her ne kadar yaptığı iş görünüşte uygun ve meşrû da olsa, Ahirette bu sebeble bir sevap alamaz. Bu kimsenin durumu aynen hicret esnasında Medine'ye sırf Ümmü Kays ile buluşup onunla evlenmek için gelen kimseye benzer. O kimse hicreti ile sadece Ümmü Kaysa kavuşmuştur. Ahiret-

(*) Bu yazının aslı, Bağdad Üniversitesi'nin emekli öğretim üyesi Prof. Dr. Abdülkerim Zeydan'ın «Mecmuatü Buhûsin Fıkhiyye» adlı eserinde (Bağdad, 1975) yer alan (sh. 249-270); «Eseru'l-Kusûd fi't-Tasarrufât ve'l-Ukûd» başlıklı makalesi olup yazıda İslâm Borçları Hukukunun mukayeseli hukuk araştırmaları açısından da önemli bir konuyu incelendiği için dilimize çevrilmesinde fayda mülâhaza edilmiştir. (M)

(**) Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi.

1. el-Buhâri, Ebu Abdillâh Muhammed b. İsmail; el-Câmiu's-Sahîh, İstanbul 1315/1897, Bedu'l-Vahy 1, 1/2.

te ona (diğer hicret edenlerdeki Allah yolunda hicret niyeti bulunmadığı için bu sebeble) bir sevap yoktur.

Bir başka sahîh hadisi Ebu Mûsâ el-Eş'ârî (v. 44/664) rivayet ediyor : «Hz. Peygamber'e kahramanlık için, kabilesi uğruna veya gösteris için savaşan kimsenin Allah yolunda olup olmadığı soruldu. Allah'ın Elçisi (S.A.V.) «Kim «Allah'ın Kelimesi» nin en yüce olması için çarpışırsa o Allah yolundadır» buyurdu (2). Bu hadis de açıkca göstermektedir ki Allah'ın râzî olacağı ve karşılığında sâhibinin ecir ve sevab kazanacağı âmel, Allah'ın rızasını elde etmek kasdıyla yapılan ameldir. Maksad bunun dışında birşey olursa, yapılan iş, kendisinde hiçbir sevap bulunmayan ve Allah katından da geri çevrilecek olan bir amel olur. Hatta kişi savaşarak hayatını fedâ etse ve bütün müslümanlar bundan yararlınsa bile.

2. Mübah bir iş, güzel kasıd sebebiyle karşılığında müslümanın ecir ve sevap kazanacağı bir ibadet haline gelir. Meselâ düşmanla yapılacak harbe hazırlanma kasdıyla savaş taktik ve tekniklerini öğrenen kimse, bu hareketi ile sevap kazanmış olur. Bu fikri şu hadis-i şerîf desteklemektedir : «Allah tek bir ok sebebiyle üç kişiyi Cennete kor... Bunlardan biri de ücret karşılığı o oku imal eden sanatkârdır» (3).

3. Aynı şekilde fâilin kasıd ve niyetine göre bir işin sıfatı, yani haram veya helâl olması değişir. Meselâ hayvanın kesilmesi böyledir. Hayvanı kesenin kasdı sadece hayvanın etinden yararlanmak olursa bu mübah bir iştir. Fakat kurbanda olduğu gibi, hayvan eti tasadduk edilip Allah'a yakınlaşma maksadıyla kesilirse bu kesme işi ibadettir. Bunlara karşılık kasdın Allah'tan başkasını ta'zîm olduğu durumlarda bu iş haram olur. Bir başka örnek, «bulunan mal» in durumudur. Malı bulanın kasdı onu muhafaza ederek sahibine iade etmek ise yaptığı iş mübah bir iş olup kendisi emin, bulduğu mal da emanet hükmündedir. Fakat malı bulanın kasdı ve niyeti onu sahibine vermeyerek temellük etmek olursa o takdirde bu iş haram olup kendisi gâsıb, bulduğu mal da tazmîni gereken bir mal durumuna düşer.

Evlenmeyi düşünerek yabancı bir kadına bakmak helal ve caizdir. Nitekim Hz. Peygamber (S.A.V.) bir kadınla evlenme teşeb-

2. el-Buhâri, İlm 45, I/40.

3. Ebû Davud, Süleyman b. el-Eş'as es-Sicistânî, es-Sünen, Humus 1389/1969, Cihâd 24, III/28.

büsünde olan Muğire b. Şube'ye (v. 50/670) «Ona baktın mı?» diye sorup Muğire de «Hayır» cevabını verince, «Ona bak», çünkü onu görmeyen aranızda uyum sağlamaya daha elverişlidir» buyurmuştur (4). Fakat yabancı kadına, güzelliğinden dolayı ve cinsi arzu ile bakmak ise haramdır. Allah Taalâ «Ey Muhammed, mümin erkeklere söyle, gözlerini bakılması yasak olandan çevirsinler, mahrem yerlerini korusunlar. Bu onların arınmasını daha iyi sağlar. Allah yaptıklarınızdan şüphesiz haberdârdır» (5) buyurmuştur..

Kocanın karısını, evlilik bağına devam ettirmek ve kadının haklarını korumak için nikahı altında tutması Allah'ın hoşnut olduğu bir iştir. Fakat koca, sırf zarar vermek ve başkasıyla evliliğini engellemek kasdıyla karısını nikahı altında tutuyorsa, o zaman yaptığı bu iş haramdır. Allah Taalâ; «Kadınları boşadığınızda müddetleri sona ererken onları güzellikle tutun ya da güzellikle bırakın. Haklarına tecavüz etmek için onlara zararlı olacak şekilde tutmayın. Böyle yapan şüphesiz kendisine yazık etmiş olur» (6) buyurmuştur.

Evlilik sünnettir. Fakat kişinin, eşine zarar vermek, haksızlık etmek veya ailesine tuzak kurmak kasdıyla evliliği caiz değildir.

4. Bütün bu örneklerden de anlaşıldığı gibi niyetin İslâm Hukukunda büyük bir önemi vardır. Niyet mükâfat ve cezanın sebebi, bir şeyin helâl veya haram şeklinde vasıflandırılabilmesinin ölçüsüdür.

Niyetin, kişinin hukuki işlem ve akitlerine olan tesirine gelince biz, aşağıda akit ve hukuki işlemin tarifini verdikten sonra bu konuyu açıklamaya çalışacağız.

5. Akid, sözlük anlamıyla; bağlamak, bir şeyin uçlarını toplayarak bir araya getirmek demektir. Aynı şekilde bir şeyi sağlamlaştırmak ve kuvvetlendirmek anlamlarına da gelir.

Hukuk dilinde ise, —Mürşidü'l-Hayrân'da da belirtildiği gibi— bir taraftan sâdır olan icab ile karşı tarafın kabûlünün «akit konu-

4. İbn Mâce, Muhammed b. Yezid el-Kazvîni, es-Sünen, Mısır 1395/1975, hii. 1987, III/397.

5. Kur'an-ı Kerim, en-Nûr, 24/31.

6. Kur'an-ı Kerim, el-Bakara, 2/231.

su» nda hukukî bir sonuç doğuracak şekilde birleşmesidir (7). Bazı hukukçular da akdi, «iki sözün veya söz yerine geçebilen davranışların hukukî sonuç doğuracak şekilde birleşmesidir» şeklinde tarif etmişlerdir. Böyle olunca akid, iki taraf arasında doğar ve hukukî sonuç meydana getirme konusunda birleşen iki iradenin bulunmasını gerektirir.

Hukukî işleme (tasarruf) gelince, o, bir borç doğuran veya hukukî sonuç meydana getiren her söz veya davranıştır. İkiye ayrılır; fiilî tasarruf, sözlü tasarruf. Meselâ gasb, sahipsiz malı ele geçirme birer fiilî tasarruf, alışveriş, boşanma ise sözlü tasarruftur. Sözlü tasarruf iki nevidir : Birincisi; iki irâdenin irtibâtından doğan sözlü tasarruf ki buna «akit» diyoruz. İkincisi ise, sadece tek bir irâdeden doğan sözlü tasarruftur ki buna «tek taraflı hukukî işlem» diyoruz. Sözlü tasarruf akitten daha geneldir. Çünkü akitte iki ayrı irâdenin bulunması gerekirken, sözlü tasarruflar bazen iki irâde ile bazen de tek bir irâde ile tamam olur. Fakat yine de, bazı İslâm Hukukçuları «akit» kelimesiyle sözlü hukukî işlemi kasdetmekte, onu akde özgü bir manaya hasretmemektedir. Meselâ İbn Teymiyye (v. 728/1328) böyle düşünmektedir. Aynı şekilde İbâdet maksadıyla bir malı bağışlayan veya vasiyet eden kimsenin veya yemin eden, adakda bulunan ve benzeri kimselerin akitleri de böyledir (8).

Bununla birlikte «akid» kelimesini sadece özel anlamında kullanmak, «Sözlü tasarruf» (hukukî işlem) kelimesini de hem akdi hem de tek taraflı hukukî işlemi içine alacak şekilde genel anlamda kullanmak daha isabetlidir.

6. Görüldüğü gibi akdin ve hukukî işlemin meydana gelmesi her hâlükârda irâdeye dayanmaktadır. Fakat irâde, kişinin hariçten bilinmesi mümkün olmayan bir iç hâlidir. Gizlilik ve kapalılık vasfı bulunduğu sürece akdin ve hukukî işlemin kurulmasında doğrudan esas alınmaz. Bu sebeptendir ki İslâm Hukukçuları, kişinin kendi zihninde karısını boşamasının bağlayıcı olmayacağını söylemişlerdir (9). Diğer bir ifadeyle kişi talâka niyet etmekle boşanma gerçekleşmez (10). Böyle olunca iç iradeyi gün ışığına çıkaracak,

7. Mürrisidü'l-Hayrân Kadri Paşa'nın (v. 1305/1888) eseridir. Madde 168.

8. İbn Teymiyye, el-Ukûd 18 vd., akid kelimesinin sözlü tasarruf manasında kullanımı için ayrıca bkz.: el-Meydâni, el-Lübab, III/128; el-Cassâs, Ahkâmü'l-Kur'an, 360, el-Kurtubî, el-Câmi'li-Ahkâmî'l-Kur'an, VI/32.

9. İbn Hazm, el-Muhallâ, X/198-199.

10. İbn Kudâme, el-Muğnî, VII/121; eş-Şîrâzi, el-Mühezzeb, II/85.

onu ifade edecek bir söze veya onun yerine geçecek bir şey ihtiyacı vardı. Buna da «açık irâde», «icâb ve kabûl» veya «akid sözleri» (sığatı-akd) adı verilir. İcâb ve kabûlün birleşmesiyle akid, sadece ikâbın sâdır olmasıyla ise tek taraflı hukûkî işlem kurulur. Tabii ki bütün bunlar, akdin ve hukukî işlemin kuruluşu için aranacak şartların gerçekleşmesi halinde sözkonusudur.

AKİTTE VE HUKUKİ İŞLEMDE KASDIN ROLÜ

7. Akid ve hukukî işlemlere sahih ve bâtil vasfını verebilmede ve onlara bir kısım hüküm ve sonuçlar terettüp ettirebilmede, tarafların iç niyetlerine, gizli kasplarına ve bu akid veya hukukî işlemi yapmaya sevkeden ve başkalarınınca bilinmeyen sâike önem vermeksizin sadece söylenen akid sözlerinin zâhiri mi esas alınacaktır? Yoksa bu söylediğimiz hususta, akid sözlerinin dış görünüşü değil de akid yapan kimselerin iç niyeti, kasdı ve bu akdi yapmaya sevkeden sâik mi temel ölçü alınacaktır? Meselâ, kadını önceki kocasına helal kılmak maksadıyla (hulle) yapılan nikâh, ribâyâ ulaşmak kasdıyla yapılan alışveriş böyledir. Biz bu iki durumda bu akidleri yapmaya sevkeden amilin haram bir iş olmasına itibar edip nikahın ve alışveriş geçersizliğine mi hüküm vereceğiz, yoksa akidlerin dış görünüşlerine bakıp her ikisinin de sahih olduğunu mu söyleyeceğiz? İşte araştırmamızın konusu budur.

8. Şu bir gerçektir ki, İslâm Hukukçuları kasıd ve kasdın akid ve hukukî işlemlerin sıhhatine tesiri konusunda farklı farklı görüştedirler. Bir kısmı dış görünüşle yetinmeyip kasda da itibar ederken bir kısmı kasdı hiçe sayıp sadece dışta gözükken söz ve davranışla iktifa etmektedir. Bir kısmı ise bu iki görüş arasında orta bir yol izlemektedir. Öyleyse bizim burada, İslâm hukukçularının bu konuda görüşlerini ortaya koyup tercihe şâyân görüşü açıklamamız gerekir.

I — ŞÂFİİ MEZHEBİ :

9. İmam Şâfiî (v. 204/819) : «Benim bu konuda görüşüme gelince, zâhiren sahih olan bir akdi alışveriş yapanlar arasında mevcut bir âdet veya bir töhmet sebebiyle geçersiz kılmam ve akdin zâhiren sahih olmasını yeterli bulurum. Şayet açığa çıkacak olsa alışverışı bozacak durumda olan niyetleri de taraflar için kerih görürüm» (11) demektedir. Çünkü niyet ve sâik insanın iç dün-

11. eş-Şâfiî, el-Ümm, III/65.

yaşına ait durumlarıdır. Halbuki İslâm Dini insanları nefislerine ârız olan hallerden muaf tutmuştur. Nitekim insan bazan birşeye niyet eder fakat yapamaz, bazan da niyet eder ve yapar (12). Bundan da anlaşılıyor ki niyet gaybî bir iş, sâik gizli bir durumdur. Kasıd ve maksadlar gizlidir. Bütün bunlar sadece Allah'ın bildiği «gayb» dandırılar. Biz ne gaybı bilmekle ne de bu bilginin gereği ile hüküm vermekle mükellefiz. Bize düşen, söz, davranış ve işlerin zâhirini bilip bunun gereği ile hüküm vermektir. İmam Şâfiî'ye göre hüküm, zâhir esas alınarak verilir. Biz dış görünüşe göre hükmederiz. Sırları bilen ise Allah'tır.

İmam Şâfiî bu görüşünü Kitap ve Sünnetten delillerle de desteklemektedir. Kitab'a gelince; Kur'an-ı Kerim, münâfıkların Cehennemden en aşağı katında olduğunu haber verdiği halde Allah, Rasulullah'a onlara gizledikleri küfürlerine göre değil de açığa vurdukları müslümanlıklarına göre muamele etmesini emretmiştir. Sünnet'e gelince; bir hadiste Rasulullah (S.A.V.) «Ben bir beşerim. Sizler zaman zaman birbirinizi dâvâ ederek bana müracaat ediyorsunuz. Olabilir ki birinizin delili hasmınıninkine göre daha inandırıcı olur ve ben de işittiğime dayanarak o kimsenin lehine hüküm verebilirim. İşte böyle bir durum olur da din kardeşinizin hakkını alıp birinize verirsem-sakın almasın. Ben (zahire göre verdiğim) bu hükümle ona ancak ateşten bir parça kesiyor olurum» (13).

Hadis-i Şerif göstermektedir ki hâkim insanların açığa vurduğu söz ve delillere göre hüküm verir. Halbuki tarafların niyetlerinin ve bu tür davranışa sevkeden sâiklerinin başka türlü olması da mümkündür. Hadis ayrıca, hakimin bir kimse hakkında sadece konuşulan sözlere dayanarak hüküm verebileceğini, yoksaki Allah'ın kendisinden gizlediği niyeti ve gerçek sebebi araştırıp zan ve töhmete dayalı hüküm vermesinin caiz olmayacağını bildirmektedir. Çünkü hadiste Rasulullah (S.A.V.) «Ben duyduğuma göre hüküm veririm» buyurarak buna işâret etmektedir (14).

İmam Şâfiî yukarıda kaydedilen görüşlerine ilaveten, zâhirin hilafına (olarak) hüküm vermenin ve niyet ve sâike yapışarak insanları dışa vurdukları söz ve davranışlarının hilâfı ile sorumlu tutmanın Allah'ın kitabına ve Rasulullah'ın Sünnetine aykırı (bir

12. eş-Şâfiî, el-Ümm, V/71.

13. Müslim, Ebu'l-Huseyn el-Haccâc, es-Sahih, Akdiye 4, hn. 1713.

14. eş-Şâfiî, el-Ümm, VI/202.

iş)olduğunu belirtmektedir. Çünkü gaybı bilmek sadece Allah Taalâ'ya mahsustur. Dışta görünenin hilafi ile hüküm vermek bir bakıma gaybı bilmeyi iddia etmek olur. Hz. Peygamber (S.A.V.) de, kasid ve niyetlerinin dışı vurduklarından başka olabileceğini de belirterek (insanlar arasında) sadece işittiği ile hüküm vermiştir (15).

İmam Şâfiî'nin bu konudaki görüşlerinin özeti budur. Görüldüğü gibi İmam Şâfiî niyet ve sâike önem vermeksizin sadece dışa akseden söz ve davranışları esas almakta, niyet ve kasdı ise ancak ortaya çıktığı ve herhangi bir söz ve davranışla ifade edildiği vakit gözönünde bulundurulmaktadır. Bu metodolojik tavrı sebebiyledir ki İmam Şâfiî hulleci'nin nikahının sahih olduğu görüşüne varmıştır. Hulleci; kocası tarafından üç defa boşanmış kadını (bu kocasından iddeti sona erdiğinde) birlikte yaşayacağı eş olarak tutmak için değil de boşayıp eski kocasına yeni bir akid ve mehirle dönüşünü helal kılmak için nikahlayan erkektir (16). İşte bu erkeğin böyle evliliği, ister sadece kendisi, ister hem kendisi hem kadın ikisi birden, eski kocaya helal oluşu gerçekleştirme niyetinde olsun, İmam Şâfiî'ye göre sahihtir. Ölüm yatağındaki erkeğin zifâfa girdiği karısını bâin talakla (17) boşaması durumuna gelince, İmam Şâfiî'ye göre bu durumda kadın kocasına mirasçı olamaz. Çünkü bâin talak evlilik bağına kaldırır ve mirâsa mâni olur. «Bu boşanma ile ölüm hastalığında bulunan koca, karısının mirâsından mahrum etmeyi kastetmiştir» şeklindeki sözlere itibar edilmez. Çünkü bâin talak ehliyetli kişi tarafından yerinde kullanıldığında bağlayıcılık kazanır ve iki eş arasındaki mirascılığı engeller. Vâdeli satışlar da İmam Şâfiî'ye göre sahihtir. Bir kimse bir ticaret malını vâdeli para ile satsa ve daha düşük fakat peşin para ile bu malı alıcıdan geri satın alsa, bu alışveriş sahihtir. Çünkü ikinci alışveriş birinciden başkadır ve (bir akidin sahih olması için) aranan şartları taşımaktadır. Böyle olunca satıcının faiz kasdıyla bu işi yaptığının ve alışverişi buna âlet ettiğinin ileri sürülmesine

15. eş-Şâfiî, aynı yer; İbnu'l-Kayyim, İ'lâmu'l-Muvakkı'n, III/90.
16. İslâm Hukukunda kocanın veya yetkili tarafın kadını üç defa boşama hakkı vardır. Üçüncü boşamadan sonra kadın artık kocasına geri dönmeyebilir. Fakat kadın başka bir erkekle evlenir, bu erkeğin karısı olur daha sonra da ayrılırsa ancak o zaman yeni bir akitle eski kocası ile evlenebilir. (M)
17. Tarafların ancak yeniden bir evlilik akdiyle bir araya gelmesi sonucunu doğuran boşama şekli. Akit ve mehirsiz dönüş imkanı veren (ric'î) boşamanın zıddı. (M)

itibar edilmez. Çünkü insanları töhmet altında bulundurmak ve zanla hareket ederek onları mesul tutmak câiz olmaz (18).

II — ZÂHİRİ MEZHEBİ (19) :

10. Zâhiri mezhebi iki temel iddia ile yola çıkmıştır. Birincisi; kıyas ve reyin terkedilmesi, ikincisi nasların —Kur'an ve Sünnetin nasslarının— zâhirleriyle yetinmek. Bu mezhebe göre nasslardan başka dayanak yoktur. Zâhiri âlimlerin, İslâm Hukukunun meselelerindeki görüş ve hükümlerini yakından tanıyanlar bilirler ki, onlar kişilerin niyet ve sâiklerine itibar etmemişler, akid ve hukûkî işlemleri, gizli sâik ve kapalı niyete göre değil dış görünüşe göre ele almış ve geçerli kılmışlardır. Bu cümleden olarak;

a) Hullecinin nikâhı; Zâhirilere göre câiz ve sahihtir. Yukarıda bu konuda gerekli bilgi verildiğinden burada ayrıca tekrar etmeyeceğiz.

b) Ölüm hastasının boşaması; Zâhiri hukukçulara göre, aynen sağlam kimsenin boşaması gibidir. Erkek zifâfa girdiği karısını ölüm hastalığında bâin talakla boşarsa, erkek ister kadının iddeti devam ederken isterse iddeti sona erdikten sonra vefat etsin, artık kadın bu erkeğe mirasçı olamaz. Burada erkeğin karısını mirâsdan mahrûm etme kasdına itibar edilmez.

c) Erkeğin ölüm hastalığında evlenmesi de sahihtir ve karı-koca birbirlerine mirasçı olabilirler. Halbuki İmam Mâlik (v. 179/195) bu durumda erkeğin, mirasçıları arasına yeni bir mirasçı kat-

18. eş-Şâfiî, el-Ümm, III/33, 69.

19. Zâhiri mezhebi Şâfiî mezhebinin uzantısı sayılır. Şâfiî mezhebi sadece nassları ve nasslara hamli esas alırken Zâhiri mezhebi sadece nassları alır. Bu nassların illetini araştırıp başka konuları bu nasslara kıyas etme yoluna gitmez. Bu mezheb hicrî üçüncü asırda ortaya çıkmıştır. İlk önder Dâvud b. Ali (v. 270/883) olup önceleri Şâfiî mezhebinde iken sonradan bu mezhebden ayrılarak nassların zahirine bağlılık gibi bir yol edinmiştir. Zâhiri mezhebinin ayakta durmasına, delil ve kuvvetli gerekçelerle sağlamlaşmasına en çok emeği geçen şüphesiz Endülüslü meşhur hukukçu İbn Hazm'dır (v. 456/1063). İbn Hazm İslâm Hukukuna dair. «el-Muhallâ» isimli hacimli bir kitap yazmış ve muhtelif konularda Zâhiri mezhebinin görüşünü zikretmiştir. İbn Hazm bu kitabındaki sert usûbu ve muhaliflerine karşı katı tavrı yüzünden tenkid edilmiştir. Bununla birlikte İbn Hazm'ın inkâr edilemeyecek şekilde bir üstünlüğü, geniş ilmi ve Hz. Peygamber'in sünnetine vukûfu vardır. el-Muhallâ, İslâm hukuku ekollerini, özellikle Zâhiri mezhebini tanımak isteyenlerin uzak kalamayacağı bir eserdir.

mak, yani kadının mirascısı olabilmesini sağlamak amacıyla evlendiğini ileri sürerek bu evlenmeyi geçersiz saymaktadır.

d) Ölüm hastalığında bulunan hastanın herhangi bir mirascısı lehine borç ikrar etmesine gelince; Zâhirî mezhebinde, ölüm hastasının malı ile ilgili bütün hukuki işlemlerinin normal sıhhatli kimsenininki gibi geçerli olması kuralı hakimdir. Bu itibarla ölüm hastasının, mirascılarından birine borcunun olduğunu, bir malı sattığını vs. söylemesini geçerli kabul etmişler, ölüm hastasının bu mirascıya diğerlerine nazaran daha fazla mal ve menfaat bırakmak kasdıyla böyle bir hukuki işlemi yapmış olabileceği ihtimalini esas almamışlardır. Bu konuda şöyle düşünürler; mâdemki bu tür hukukî işlemleri sıhhatli kimse yaptığında geçerli oluyor, hastanıninki de sahih olmalıdır. Ölüm hastası ile sağlıklı kimse arasında fark gözetileceğine dair bir nass yoktur. Halbuki Allah Taalâ hiçbir şeyi unutmamış (eksik bırakmamış) tır.

Burada şuna da işaret edelim ki Zâhirîler, şarap üreteceği ya-
kinen bilinen kimseye bu üretimin hammeddesini teşkil eden mah-
sullerin satılmasını geçerli göremezler. Aynı şekilde müslümanlara
karşı savaşaacağı belli olan kimselere de at ve silah satışını geçersiz
sayarlar. Bu ve benzeri örnekleri görenler ilk etapta Zâhirîlerin
hukukî işlemlerde kasdı da esas aldıkları şeklinde bir kanâate va-
rırsa da gerçek böyle değildir. Zâhirîler yukarda zikredilen alışve-
rişleri, tarafların kasdına itibar ettikleri için değil, bu tür hukukî
işlemleri günah işlemekte ve aşırı gitmekte yardımlaşma şeklinde
değerlendirdikleri için geçersiz saymaktadırlar. Allah Taalâ Kur'-
an'da : «İyilikte ve fenalıktan sakınmakta yardımlaşın, günah iş-
lemekte ve aşırı gitmekte yardımlaşmayın...» buyurmaktadır (20).
Bu sebebledir ki Zâhirî hukukçulara göre, alan şahsın haramı iş-
leyip işlemeyeceği belli değilse yukarda zikredilen satışlar sahihtir,
çünkü bu günah işlemekte yardımlaşma sayılmaz. Fakat malı alan
kimse sonradan, satın aldığı malı haram yolda kullanırsa günahı
kendisine aittir, satıcının bunda bir günahı olmaz.

Bütün bunlar bize göstermektedir ki Zâhirî mezhebi hukukî iş-
lemlerde tarafların kasıd ve niyetine aldırış etmemekte, akidlerin
sahih veya bâtil oluşunu kasd ve niyete göre değerlendirmemekte-
dir. Bu yönüyle de Şâfiî mezhebi ile görüş birliği içindedir.

20. Kur'an-ı Kerim, el-Mâide, 5/2.

III — MALİKÎ MEZHEBİ :

11. Mâlikî mezhebi akit ve hukukî işlemlerde kasda itibar eder ve bu yönden Şâfiî mezhebinin tam karşısında yer alır. Akit ve hukukî işlemlerin sıhhat veya butlânına hüküm verirken sadece dış görünüş ile yetinmez, aksine akdin ve hukukî işlemin yapılmasının arkasında saklı bulunan niyet, kasd ve sâiki de göz önünde bulundurur. Bu husus Mâlikî hukukunda benimsenen (görüş ve) hükümlerde açıkça görülür. Biz bunlardan sadece birkaçını örnek kabûlinden vereceğiz :

1. **Vâdeli Satış** : Bir kimse bir ticaret malını vadeli olarak 10 liraya satıp sonra bu malı peşin para ile 5 liraya satın alsa, görünüşte bu alışveriş, herhangi bir eksiklikten uzaktır. Fakat Mâlikî hukukçular böyle düşünmezler ve bu tür akdin «fâizle borç para alma» kasdıyla yapıldığı ileri sürerek akdi geçersiz sayarlar. Mâlikî hukukçular, örneğin İbn Rüşd (v. 595/1199) böyle düşünür ve «Bidâyet'ül Müctehid» (21) isimli kitabında, bu nevi alışverişlerin geçersiz olmasını, tarafların gerçekten bir alışveriş kasdıyla değil fâizle borç para alıp - verme kasdıyla hareket etmiş olmasına hareket etmiş olmasına bağlar. İbn Rüşdün bu konudaki ifadesi aynen şöyledir :

«Vadeli satış (buyû'l-âcâl) diye bilinen alışveriş nevine geline; Mâlik ve çoğunluk Medine ehline göre bu alışveriş caiz değildir. Şâfiî, Dâvud (v. 270/883) ve Ebu Sevr'e (v. 246/870) göre ise caizdir. Caiz göremeyenler, ikinci alışverişini birinci ile birlikte ele almakta ve birinci alışverişte vade karşılığında fazla para verilmesini, yasak olan fâiz kasdıyla yapılmış bir ödeme olarak değerlendirmektedir. Bu durumda taraflar haram bir işe ulaşmak için böyle bir yolu tercih etmiş olmaktadır» (22).

2. **Borçlunun Alacaklıya Hediye Vermesi** : Konu el-Müdevenetü'l-Kübrâ'da (23) şöyle geçmektedir : «Mâlik, alacaklının borçlusundan hediye kabûl etmesinin doğru olmayacağını söylemiştir. Yani alacaklı borçludan hediye kabûl edemez. Ancak iki taraf arasında öteden beri hediyeleşme mevcut olup alacaklı da borçlusunu

21. İbn Rüşd'ün telif ettiği, mezheplerin görüş ve delillerine de yer veren mezheplerarası mukayeseli İslâm Hukuku kitabı. (M)

22. İbn Rüşd, Bidayetu'l-Müctehid, II/117-118.

23. İmam Mâlik'in görüş ve delillerini tesbit sadedinde talebeleri tarafından kaleme alınan Mâlikî Hukuk ekolünün ilk ve en önde gelen kaynaklarından birisi. (M)

nun hediye borcu olduğu için vermediğini biliyorsa bunda bir beis yoktur» (24).

İmam Mâlik'in ifadesinden açıkça anlaşılıyor ki, İmam Mâlik bu konuda kasta önem vermekte ve borçlunun hediye vermekte kötü bir maksadının olup olmadığını göz önünde bulundurmaktadır. Şöyle ki, borçlu böyle bir hediye vermekle, hediye karşılığı borcunun geciktirilmesini sağlamayı planlamışsa bu fâiz sayılır ve câiz olmaz. Fakat böyle bir ihtimal yoksa hediye vermek caiz olur. Fâiz ihtimalinin yokluğu için, iki taraf arasında öteden beri hediyeleşme âdetinin bulunması ve ayrıca alacaklının bu hediye borç sebebiyle verilmediğini bilmesi karine olarak alınmaktadır.

3. Hastanın Boşaması : Ölüm yatağında olan hasta koca, bu hastalığı esnasında zifâfa girdiği karısını bâin talakla boşarsa, bu boşama geçerlidir (25). Bunda İslâm hukukçularının ittifakı vardır. Fakat koca öldüğünde bu kadın ona mirasçı olabilir mi ? Bunda ihtilaf vardır.

İmam Şâfi'ye ve Zâhirilere göre bu kadın eski kocasına mirasçı olamaz. Ebû Hanîfe'ye göre, koca şayet karısının iddeti son ermeden ölürse kadın mirasçı olur. Ahmet b. Hanbel'e (v. 241/855) göre, koca ister iddet içinde isterse iddet sonrası ölsün, kadın evlenmediği müddetçe eski kocasına mirasçıdır. İmam Mâlik'e göre ise, koca iddet içinde de dışında da ölse, kadın başka bir erkekle evlense de evlenmese de mirasçı olur, çünkü koca ölüm yatağında iken karısını bâin talakla boşamakla onu mirasından mahrum etmeyi kastetmiştir. Öyleyse kadını kocaya mirasçı yaparak onun bu kötü kasdını geri çevirmemiz gerekir. Böyle olunca, kocanın karısının iddeti içinde ölmesini şart koşmanın da, evlenmemesini şart koşmanın da bir anlamı yoktur.

Asi olan kadına yapılan haksızlığı gidermek ve kocanın art niyetini, kadını mirasçı yaparak boşa çıkarmak ise İmam Mâlik'in görüş ve delili gerçekten kuvvetlidir ve herhangi bir önşart koşmadan kadının mirasçı olabileceğine hüküm vermemiz gerekir. Görüldüğü gibi İmam Mâlik kasd ve sâike itibar edenlerin başında gelmektedir.

Yukarda söylediklerimiz kocanın zifâfa girdiği karısı hakkındadır. Fakat koca henüz zifâfa girmediği karısını ölüm yatağında

24. el-Müdevvenetü'l-Kübrâ, II/171.

25. Çünkü gerekli şekil şartlarını haizdir. Kadının mirasçılığı ise şekil açısından değil muhteva açısından ele alınan bir problemdir. (M)

iken bâin talakla boşarsa Ebû Hanîfe'ye ve Ahmed b. Hanbel'e göre bu kadın mirasçı olamaz. Halbuki her iki imam da zifâfa girilen kadının mirasçı olabileceğini söylemişlerdi. İmam Mâlik ise koyduğu kaideden ayrılmayıp, kasd ve sâiklerin gözönünde bulunması şeklindeki metoduna bağlı kalarak bu kadının da aynı şekilde eski kocasına mirasçı olabileceğini söylemiştir (26).

4. **Ölüm Yatağındaki Hastanın Evlenmesi :** Erkek ölüm yatağında iken evlenirse bu evliliğin hükmü nedir ? Evlilik geçerli kabul edilip eşler arasında mirascılık cereyan eder mi ? Ebû Hanîfe, Şâfiî, Ahmed b. Hanbel de dahil, çoğunluk İslâm Hukukçularına göre evlilik geçerli olup eşler arasında miras ahkâmı cereyan eder. Mâlikilere göre ise bu evlenme geçerli değildir ve taraflar arasında mirascılık sözkonusu olmaz. Bu konuda el-Müdevvenetü'l Kübrâ'da şu kayda raslıyoruz : «Dedim ki, şayet bir adam ölüm yatağında iken bir kadını nikahlasa sonra onu boşarsa ve daha sonra da hastahğından kurtulamayıp ölse bu konuda görüşün nedir ? Dedi ki, İmam Mâlik, erkeğin bu nikahının geçerli olmadığını ve kadının da mirasçı olamayacağı görüşündedir» (27).

Görüldüğü gibi İmam Mâlik, ölüm yatağındaki hastanın evlenmesini sahih görmemekte ve bu kimseyi, sırf kadını kendisine mirasçı yapıp diğer mirasçılara zarar vermek için böyle hareket etmekle itham etmektedir. Mâlikî hukuk ekolüne göre bu evlilik fâsittir ve taraflardan birinin akid anında ölümcül hasta veya Mâlikîlerin ifadesiyle bunak olması halinde artık taraflar arasında mirascılık cereyan etmez.

Hatta bazı Mâlikî hukukçular kasd ve sâike itibar etmede oldukça ileri gitmişler ve bir müslümanın ölüm yatağında iken bir zimmîye'yi (28) nikahlamasını bile, bu zimmî kadının ilerde müslüman olup mirasçılar arasına katılması ve böylece diğer mirasçılara zarar vermesi gibi bir kötü maksatla yapıldığı endişesiyle fâsit saymışlardır. Bildiğim kadarıyla bu, İslâm hukuk ekolleri içinde bir benzerini daha göremeyeceğimiz (aşırı) bir görüştür. Fakat ne olursa olsun, Mâlikîlerin akid ve hukukî işlemlerde kasd ve sâike ne denli önem verdiğini de bütün çıplaklığıyla ortaya koyması bakımında şâyânı dikkattir.

26. el-Müdevvenetü'l-Kübrâ, II/132; es-Suyûtî, Tenvîru'l-Havâlik Şerhu Mu-vattai Mâlik, I/27.

27. el-Müdevvenetü'l-Kübrâ, II/133.

28. Zimmî İslâm hukukunda devletin anlaşmalı gayri müslim erkek vatandaş, zimmîye ise kadın vatandaşdır. (M)

5. **Hullecinin Evlenmesi** : Bu tür evlilik İmam Mâlik'e göre batıl olup hullecinin bu nikaha istinâden evlilik hayatını devam ettirmesi caiz değildir. Şayet kadınla evliliğe devam etmek istiyorsa yeniden bir nikah yapmalıdır. Kadınla zifâfa girse de girmese de, kaını eski kocaya heial kılma açıkca şart koşulsa da şart koşulmazıp sadece buna niyet edilse de eşittir. Bütün bu durumlarda nikah bâtil olup hiçbir hukukî sonuç doğurmaz.

6. **Ölüm Yatağındaki Hastanın Mirasçuları Lehine Borç İkrârı**: İmam Mâlik'in bu konudaki görüşü, kişinin kasdının göz önünde bulundurulması prensibine dayanır. İkrârı yapan kimsenin kötü niyetine dair bir karîne mevcutsa, ikrâr sahih değildir. Fakat böyle bir karîne yoksa elbetteki ikrâr yapan kimse lehine ikrâr yaptığı kimseyi kayırmakla suçlanamaz ve ikrârı sahihtir. Meselâ bir kimsenin mirasçı olarak geride bir kızı bir de amca kızı olsa da kızına belli bir miktar borcunun olduğunu söylese bu ikrâr kabul edilmez. Çünkü yukarda zikredilen itham mevcuttur. Halbuki amca kızına borcunun olduğunu söyleseydi ikrârı sahih ve makbûl olurdu. Çünkü bir kimse —kural olarak— öz kızını perişan edip ona zarar vermekle ve amca kızını kayırmakla suçlanamaz. Madem ki ikrârın kabul edilmemesi kötü niyetin ve töhmetin bulunabileceği ihtimalinden doğmaktadır. O halde bu yasaklamanın sadece bu ihtimalin bulunduğu hallere inhisar ettirilmesi gerekir. Bu açıdan İmam Mâlik'in bu konuda izlediği yol gerçekten güzel ve mutedil bir yoldur. Ve ayrıca Hanbelîler gibi, kasta önem vermekle birlikte vâris için yapılan ikrârı, aksi kabûl edilmez şekilde ikrârı yapanın kötü kasdına bir karîne sayan kimselerin yolundan da farklıdır. Öyle ki Hanbelîler, kasıt ve niyetin gizli bir durum olup tesbitinin mümkün olmamasından hareketle kötü niyetin büyük ihtimalle bulunduğu durumu, yani lehine ikrâr yapılan kimsenin mirasçı olması durumunu esas almışlar ve bu kimse lehine yapılan ikrarı geçerli saymamışlardır.

Özetle ifade etmek gerekirse, Mâlikî hukukçular akit ve hukukî işlemlerde kişinin kasd, sâik ve niyetine itibar etmişler, zâhiri şartları pek göz önünde bulundurmamışlardır.

IV — HANBELÎ MEZHEBİ

12. Hanbelî hukuk ekolünün kasd meselesindeki tavrını, inceledikleri hukukî olaylarda benimsedikleri hükümlerden tanımak mümkündür. Bunlardan birkaçını zikrederim;

1. **Bey'u'l-Emâne** : Bu alışveriş nevinde taraflar, şayet satıcı satılan malın (mebî) parasını (semen) alıcıya geri verirse alıcının da malı satıcıya geri vermesi üzerinde ittifak ederler. Satıcının parayı geri vermesine kadarki sürede alıcı mebî'den kendisi de yararlanabilir veya başkasını da yararlandırabilir. Bu nevi alışveriş Hanbelî hukukçulara göre bâtıldır. Çünkü tarafları böyle bir akit yapmaya sevkeden sebep, vâde ile para vererek faiz elde etmektir. Faiz ise mebîden yararlanmadır. Bu bir bakıma bir ıvaz mukabili borç para verme gibidir. Böyle olunca mebînin satıcıya geri verilmesi, paranın da alıcının elindeki kısım düşünülerek karşı tarafa iade edilmesi gerekmektedir. Şayet alıcı mebî'den yararlanmışsa, belli bir ücret (ecr-i misl) takdir edilip ve (bu kısım düşünüldükten sonra) semenden geri kalan kısım alıcıya iade edilir (29).

Bu hüküm açıkça delâlet etmektedir ki Hanbelî hukukçular ka'ed ve sâike itibar etmekte ve dış görünüşündeki sıhate rağmen fâiz kasdı bulunduğu ve fâiz de haram olduğu için (yukarıda geçtiği şekliyle) alışverişi geçersiz saymaktadırlar.

2. **Vadeli Satışlar (Buyû'ul-Âcâl)** : Vadeli satışın manası daha önce geçmişti. Bu nevi alışverişi Hanbelîler de batıl saymaktadırlar. Çünkü onlara göre bu akitte Allah'ın haram kıldığına ulaşmayı hedef alan yasak bir hîle mevcuttur. Bütün hileler haramdır, caiz değildir. Çünkü hileye tevessüldeki amaç, ya bir harama ulaşma, ya bir vâcibi düşürme, ya da bir hakkı çığneme düşüncesidir. Bütün bunlar da caiz değildir. Yine Hanbelîler, bu konudaki yasağın illetine temasla derler ki; Allah Taâlâ haram kıldığı şeyleri onda mevcut kötülük sebebiyle yasaklamıştır. Böyle olunca akitler zâhirleri itibariyle sıhhatli bir şekil içinde görünse bile içinde bu fâsid ve kir unsur bulunduğu müddetçe, (yasağın illeti olan) kötülük devam ediyor demektir.

3. **Ölüm Hastalığında Vâris Lehine İkrâr** : Böyle bir ikrâr, ikrarı yapan kimsenin kötü niyetli olması ithamı sebebiyle geçerli kabul edilmez. Kötü niyeti de, lehine ikrârda bulunduğu kimseye yardım etme (düşünce) sidir. Fakat böyle bir ikrâr diğer mirascıların onaylarsa geçerli olur. Çünkü aslında bu ikrâr diğer mirascıların hakkını gözetme gayesiyle kabul edilmemişti. Onlar haklarından vaz geçtiklerinde ikrâr sıhhat kazanır ve muteber olur.

4. **Ölüm Yatağındaki Hastanın Boşaması** : Koca, zifâfa girdiği karısını ölüm hastalığında iken bâin talakla boşar, kadından

29. Mansur b. İdris el-Hanbelî, Keşafu'l-Kınâ an Metni'l-İknâ, III/5.

önce de vefat ederse, Hanbelîlere göre, koca ister kadının iddeti içinde isterse iddeti sona erdikten sonra vefat etsin, kadın evlenmediği müddetce kocasına mirasçı olur. Fakat koca karısı ile zifâfa girmeden onu boşanmış ve vefat etmişse bu durumda kadın mirasçı olamaz. Hanbelîler bu meselede kocanın zifâfa girdiği karısını ölüm hastalığında bâin talakla boşaması halinde kasd ve sâiki esas almışlar, zifâfa girmedeği kadını bu şekilde boşaması durumunda ise kasd ve sâiki esas almamışlardır. Bununla birlikte bazı Hanbelî hukukçular bu ikinci durumda da kadının ölen kocasına mirasçı olacağını belirtmişlerdir (30).

5. **Ölüm Yatağındaki Hastanın Evlenmesi** : Hanbelîler bu evlenmenin sahîh olduğuna ve eşler arasında mirascılığın cereyan edeceğine kâil olmuşlar, İmam Mâlik'in hilafına olarak bu evlilikte kasd ve sâike itibar etmemişlerdir.

6. **Hullecinin Evlenmesi** : Hanbelîlere göre; erkek (üç talakla boşanmış kadınla) onu eski kocasına helal kılma maksadıyla evlenmişse, akit yapılırken bu şart koşulsa da koşulmasa da kocayı bu evliliğe sevkederek sâik ve âmîl kadınla evlenip sonra onu boşama ve böylece eski kocasına onu helal kılma düşüncesi olduğu müddetce, bu evlilik bâtıldır. Ayrıca kadın, velisi veya eski kocası bu durumu bilse de bilmese de hüküm aynıdır. Yeni koca böyle bir akitten sonra (fikir değiştirip) evliliğe devam etmek istese bile buna hakkı yoktur. Çünkü kötü niyeti sebebiyle nikah akdi fâsîd olarak vaki olmuş olup kasdının değişmesi ile bu fesad kalkmaz. Yapılacak iş, tarafların yeni baştan bir evlilik akdi yapmalarıdır. Hatta öyleki, yeni koca zifâftan sonra kadını boşasa ve kadın iddeti sona erince yeni bir akitle ilk kocasına dönse, araları ayrılır (31).

Özetle ifade etmek gerekirse Hanbelî mezhebinde yaygın metod, akit ve hukûkî işlemlerin dış görünüşüne fazla takılmayıp asıl kasd ve sâikleri esas almaktır.

ŞEYHULİSLÂM İBN TEYMIYYE VE ÖĞRENCİSİ İBN KAYYIM. EL-CEVZİYYENİN GÖRÜŞÜ :

13. İbn Teymiyye ve öğrencisi İbn Kâyyım (v. 751/1350) İslâm Hukûku dünyasında yakinen bilinen iki büyük hukukçudur.

30. İbn Kudâme, el-Muğni, VI/331-332.

31. Mansur b. İdris, Keşşafu'l-Kınâ an Metni'l-İknâ, III/51; el-Behûti el-Hanbelî, Şerhû'l-Müntehâ, III/71; İbn Teymiyye, İkâmetu'd-Delîl alâ İbtâli'l-Tahlîl, 3-6.

Bu iki âlim her ne kadar mutlak ictihat derecesine ulaşmışlarsa da genellikle Hanbelî hukuk ekolüne mensub olarak kabûl edilirler. Çünkü her ikisi de Hanbelî mezhebinin metodolojisi içinde yetişmişler, bu mezhebin yolunu izlemişler, derinliğine nüfuz edip onun inceliklerini ve yönelişlerini kavramışlar, İslâm hukuku meselelerini (furû) bu mezhebin geniş usûlü üzerine geliştirmişlerdir. Nitekim bu iki âlimin, bilhassa Şeyhulislâm İbn Teymiyye'nin sözleri —meselâ Keşşâfu'l-Kınâ'da gördüğümüz gibi— Hanbelî mezhebünde benimsenir ve alınır. Bu sebebledir ki, bu iki hukukçunun kasd konusundaki görüşlerinin özetle de olsa açıklanması, Hanbelî mezhebinin bu konudaki metodunun yakinen bilinmesini tamamlayacaktır.

Bu iki hukukçunun görüşlerinin özeti ise şöyledir : Niyet maksat ve sâiklere aldırış edilmemesi ve onların heder edilmesi caiz değildir. Aksine onların gözönünde bulundurulması, önem verilmesi ve hükümlerin bu esasa bina edilmesi gerekir. Çünkü İslâm hukukunun kendisinden bigâne olamayacağımız bir kaidesi de, maksatların ibadetlerde muteber olduğu gibi hukukî işlemlerde de muteber olduğudur. Kasd bir şeyi helâl veya haram, sahih veya fâsid yapar. Bu kâidenin dayandığı deliller pek çoktur. Bunlardan birisi Allah Taalâ'nın «... (Boşadığınız Kadınları) haklarına tecavüz etme için onlara zararlı olacak şekilde tutmayın» (32) ve «...kocaları bu arada barışmak isterlerse, karılarını geri almakta daha çok hak sahibidirler» (33) âyetleridir. Bu âyetler açıkça gösteriyor ki kadının geri dönmesi, zarar vermeye değil iyi geçinmeye niyet eden koca için tanınmıştır. Bir başka âyette; «...zarara uğratılmaksızın yapılmış olan vasiyet veya borçtan artakalan...» (34) denilmektedir. Bir kimse zarar verici bir vasiyette bulunursa bu haram olup mirasçılardan bu vasiyeti iptal ettirme hakları vardır. Bu şekil bir vasiyet sonucu kendisine mal bırakılan kimsenin de, mirasçılardan rızası olmadan bu malı alması haram olur. Hadis-i Şerifde «Ameller niyetlere göredir... vs.» buyurulmaktadır. Bu hadis, dış görünüşü sahih ve helal olan vasıtalarla batıl maksatlara, fâsid gâyelere ve yasaklara ulaşmanın ve bu yolda hileye başvurmağın geçersizliği konusunda temel esastır. Meselâ bir kimse, vâdeli olarak yirmiye sattığı malı peşin olarak on'a satın alsa, bu işlemi ile, yirmi karşılığı onu'ü ödünç almayı kastetmiş durumdadır ve bu da ribâ'nın kendisidir. Her ne kadar haram maksadına, dış

32. Kura'n-ı Kerim, el-Bakara, 2/231.

33. Kur'an-ı Kerim, el-Bakara, 2/228.

34. Kur'an-ı Kerim, en-Nisâ, 4/12.

görünüŖü alışveriş olan bir işlemi vesile etmişse de. Rivâyet edilir ki, bir şahıs birine vadeli olarak yüz'e ipek satmış sonrada aynı ipeği ondan peşin olarak elli'ye satın almıştır. Durum İbn Abbas'a (v. 68/687) sorulduğunda «Bu, dirhemlerin daha fazla dirhem karşılığı değiştirilmesidir. Ancak araya ipek girmiştir» cevabını vermiştir (35).

V — HANEFİ MEZHEBİ

Hanefi fıkında hakim görüş, akit yapan tarafların niyet ve sâiklerine aldırış etmeksizin, zâhiri ve tarafların sözlerinin delâletini esas alma yönündedir. Bununla birlikte Hanefi mezhebinde, tarafların maksatlarını ve tarafları bu hukukî işleme sevkeden âmili gözönünde tutan birtakım hükümler de vardır. Bu itibarla Hanefi mezhebini, —zâhiri esas alma yönüne daha fazla meylediyorsa da— kasdı benimseyenler ve terkedenler arasında orta yolu izler olarak kabûl etmek mümkündür. Vardığımız bu sonuç Hanefilerin İslâm Hukukunun fer'î meselelerinde benimsedikleri hükümlerde açıkca görülür. Bunlardan bazıları şöyledir :

1. **Şarap Üreticisine Üzüm Şırası Satmak :** Hanefi hukukçular bu satışta bir beis olmadığını, satıcının satmama yükümlülüğü altında olmayacağını, ancak şarap üreteceği kesin olarak bilinen kimseye satışın yapılamayacağını belirtmişlerdir. Çünkü üzüm şırası helal olup diğer helal şeylerin satışı gibi onun satışı da helaldir. Alan kimsenin aldığı bu şırayı ne yapacağını araştırılması satıcıya düşmez (36). İşte bu görüş, zâhire tutunma, kasd ve sâike itibar etmemedir.

2. **Hullecinin Evlenmesi :** Hanefilere göre bu evlilik sahih olup tarafları bu evliliğe sevkeden sâik'e itibar edilmez. İster sadece erkek, isterse hem erkek ve hem de kadın «helal kılma» ya niyet etmiş olsun evlilik akdi sahihtir. Hanefiler bu görüşlerini, muamelâtta niyet ve kasdın tek başına muteber olmayacağı, bu evliliğin bütün sıhhat şartlarını taşıdığı için sahih olarak vaki olacağı gerekçesine dayandırmaktadırlar.

Hanefiler, fâilin kasdı ribâyaya ulaşma olmakla birlikte «beyu'l-ıyn» yi caiz görmüşlerdir. Bununla birlikte bir kısım Hanefi hu-

35. İbn Teymiyye, İkâmetu'd-Delil alâ İbtâ'î'l-Tahîl, 22 vd; İbnu'l-Kayyim, İ'lâmu'l-Muvakkîn, III/84.

36. Ebû Cafer et-Tahâvî, et-Muhtasar, 280.

kukçular, bu arada İmam Muhammed b. el-Hasen eş-Şeybânî (v. 189/840) bu alışveriş nevini kerih görmüştür. O bu konuda, «Bu (tür) alışveriş benim kalbimde, ribâ yiyicilerinin uydurduğu dağ büyüklüğünde bir çirkinliktir» demıştır. Fakat İmam Muhammed'den aktarılan bu söz, onun bu nevi akdi kerahetine rağmen onaylamasına ve meşru görmesine engel teşkil etmez (37).

3. **Ölüm Hastalığındaki Hastanın Boşaması** : Bunun manası daha önce geçmişti. Hanefilere göre kocasının, zifâfa girdikten sonra boşadığı kadın, şayet kocası iddeti esnasında vefat etmişse ona mirasçı olur. Bundan anlaşılıyor ki Hanefiler, Osman b. Affan'ın (v. 35/655) bir gurup sahabî yanında verdiği hükme dayanarak bu görüşe kâil olmuşlardır. Hanefiler o mecliste hazır bulunan hiçbir sahabinin bu hükme karşı çıkmadığını, böylece bunun icmâ teşkil ettiğini söylemektedirler. Hanefilerin bu görüşünün esası icmâdır. Yoksaki kasd ve sâiki gözönünde tutmuş olmaları değildir (38).

4. **Hastanın Vârisleri Lehine Borç İkrârı** : Hanefilere göre, bu ikrar ancak diğer vârislerin de onaylaması ile sahih olur. Deilleri de hastanın böyle yapmakla mirasçılarında birini koruma yönündeki kötü kasd ile itham edilebilmesi durumudur. Fakat diğer mirasçılar bu ikrarı onayladığında artık bu tür itham ortadan kalkar ve ikrarda geçerli olur (38/a). Hanefiler burada ise kasd ve sâiki esas almışlardır.

GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE ÜSTÜN GÖRÜŞÜN AÇIKLANMASI :

15. Üzerinde durup zikrettiğim İslâm hukuku mezheplerinin yukarda geçen sözleri sonucu ortaya çıktı ki burada, kasd ve kasdın akit ve hukûkî işlemlerdeki tesir sahası konusunda İslâm Hukukunda iki akım vardır. Biri kasda itibar eden, diğeri ise kasdı ihmal eden akımdır. Acaba hangi yöneliş doğruya daha yakın ve kabûle daha müsaittir ?

Doğrusu bu sorunun cevabı, ancak bu görüşlerin değerlendirilmesinden sonra ortaya çıkacaktır.

37. Ebu Zehra Muhammed, el-Milkiyye ve Nazariyyetu'l-Akd, 213-214.

38. İbnu'l-Hümâm, Fethu'l-Kadîr, III/150-151; el-Mergînânî, et-Hidâye, III/150-151.

KASD VE SÂİKE ALDIRMAYANLARIN GÖRÜŞLERİNİ TAHLİL :

16. **Birinci Olarak :** Kasd ve sâike itibar etmek ve onlara istinaden hüküm terettüp ettirmek, hükümlerin mücerret zan esasına, keyfi arzu, vehim veya gizli ve bilinmeyen şeyler üzerine kurulması demek değildir. Kasd taraftarları böyle bir düşünceyi benimsemez, kasda, ancak ortaya çıkıp açıkca görüldüğünde, itibar ederler. Yoksaki kasd ortaya çıkmaz ve açıkca görünmezse hüküm, sözlerin, akit ve hukukî işlemlerin kurucu ifadelerin zahirlerine göre olur. Bu itibarla zâhir olan kasd üzerine hüküm bina etmek, açık ve bilinen bir şey üzerine hüküm kurmaktır. Yoksaki gaybî ve bilinmeyen birşey üzerine değil.

İkinci Olarak : Lafızlar ancak maksatlara delaletleri sebebiyle muteber olurlar. Kasd zâhir oldu mu, artık ona itibar edilir, lafız onunla takyid edilir, o esas alınarak akde şekil verilir (39). Kasdın açıkca bilinmesi ve sâikin ortaya çıkması, sadece lafızlara bağlı ve münhasır değildir. Aksine, kasdın ortaya çıkması ve bilinmesi, bazan içinde bulunulan durumun delâleti ve kabul edilebilir karineleler vasıtasıyla da olabilir. Bu sebeble kasdın açıkca bilinmesini, İmam Şafii'nin ifade ettiği şekilde sadece lafza hasretmeyi doğru bulmayız. İçinde bulunulan durumun delaleti kasdın bilinir olması ve sâikin ortaya çıkması için uygun bir vasıta olabilir. Nitekim Hz. Peygamberin pâk sünneti bunu göstermektedir. İmam Buhari (v. 256/869) Sahih'inde Ebu Humeyd es-Sâidi'den (v. 61/681) şöyle rivayet ediyor : «Rasulullah (S.A.V.) Beni Süleym kabilesinin vergilerini toplamak üzere İbnu'l-Letbiye denilen bir şahsı görevlendirdi. Bu şahıs (vergileri toplayıp) geri geldikten sonra (getirdiği malları ikiye ayırarak) «bu sizin malınız, bunlar da bana hediye edilenler» dedi. Bunun üzerine Nebi (S.A.V.) minbere çıktı, Allah'a hamd ve senâdan sonra, «Gönderdiğim vergi memurlarına ne oluyor ki, geliyor ve «şunlar sizin bunlar da bana hediye edilenler» diyor. O şahıs anne ve babasının evinde otursaydı da bekleyseydi ya; bakalım kendisine hediye edilecek miydi edilmeyecek miydi ? Nefsimin emir ve tasarrufunda bulunduğu Allaha yemin ederim ki (böyle şahıslar) ancak kıyamet günü boynunda yük olacak bir şey getirirler...» (40).

38/a. İbnu'l-Hüman, Fethu'l-Kadîr, VII/8-10; el-Merğînânî, el-Hidâye VII/8-10.

39. İbnu'l-Kayyim, İğasetu'l-Lenefân, II/95-96.

40. İbn Hacer el-Askalânî, Fethu'l-Bâri bi-Şerhi Sahih el-Buhârî, Vergi memurlarının hediye alması, bahsi, XIII/114. Bu hadis «lafızların bir kısmında az bir tebdil sonucu hile yapmayı terk» bahsinde rivayet edilmiştir.

Bu hadis, içinde bulunulan durumun kasd ve sâike delalet etmesinin muteber olduğunu açıkça göstermektedir. Olayın açıklanması şöyledir. Birine hediye vermek haddi zatında caizdir. Fakat o insanların (vergi mükelleflerinin) görevli memura hediye vermeleri, o memurun görevi sebebiyle ve yüklerini hafifletmesi ve kendilerine bir çıkar sağlaması kasdıyla olmaktadır. Onun vergi toplama gibi bir görevi olmasaydı elbette ona böyle bir hediye vermeyeceklerdi. Mademki bu zekat vergilerini toplamak görevi, kendisine hediye verilen şahsın değil de bu vergiden yararlanacak şahısların hakkıdır. Öyleyse memurun bu vazife sebebiyle aldığı hediyeler de onların malı ve hakkı olmalıdır. O şahsın aldıklarını ister hediye olarak almış olsun, isterse vergi alacağı olarak, müsaavidir (41).

Üçüncü Olarak : Kişinin haram kılınmış bir işi doğrudan yapması ile başka bir işi o harama vesile kılması arasında, haramı işlemeye hile bulma yönünden bir fark yoktur. Maksat ve gaye haram kılınmış bir işi yapmak olunca, buna ulaştıran yolların farklı olması hükmün de farklı olmasını, yani birinin haram diğerinin ise helal olmasını gerektirmez. Nitekim Allah Taalâ Yüce Kitabında bizlere, Yahudileri maymuna çevrildiğini haber vermektedir. Bunun da sebebi onların, harama ulaşmak maksad ve sâikiyle dış görünüşü helal olan işleri vasıta ederek Alah'ın kendilerine haram kıldığını helal saymış olmalarıdır. Hadis-i Şerif'te şöyle geçmektedir : «Allah Yahudilere lanet etsin. Onlara (haram kılınan hayvanların) iç yağı da haram kılınmıştı. Bunun üzerine onlar (bu yağları yemediler fakat) onu satıp parasını yediler. Allah bir hayvanın yenmesini bir kavme haram kıldı mı, artık o şeyin parası da haram olur» (42).

KASDA İTİBAR EDENLERİN GÖRÜŞLERİNİ TAHLİL :

17. **Birinci Olarak :** Bu gurupdan bazıları kasda itibar etmede aşırı derecede ileri gitmişler, meselâ müslüman bir erkeğin ölüm hastalığında zimmiye ile evlenmesini, bu kadının ilerde müslüman olup mirascıların arasına yeni bir mirascı olarak dâhil olması ve evlenen erkeğin, böylece mirascılarına zarar verme kasdının bulunduğu ileri sürerek fâsid saymışlardır. Bu şekilde kasda itibar etmede oldukça ileri giden âlimler; evlenme insanın en asîl ihtiyaçlarından ve mücerret bir ihtimale dayanarak fasit kılınması mümkün olmayan önemli bağlayıcı akitlerden olduğu halde, hastanın ölüm hastalığında evlenmesini fâsid kabûl etmişlerdir.

41. İbn Teymiyye, İkâmetü'd-Delil alâ İbtâli'l-Tahlil, 128.

İkinci Olarak : Hanbeliler ölüm hastası kocanın boşaması konusunda, şayet koca kadınla zifâfa girmişse ve sonra da onu bâin talakla boşamışsa, koca ister kadının iddeti için de isterse iddeti sona erdikten sonra vefat etsin, kadının evlenmediği müddetçe (ölen) kocasına mirasçı olacağını belirtmişlerdir. Halbuki kadın yeniden evlense bile mirasçı kılınması gerekir. Çünkü bu kadının mirasçı kılınmasının illeti, kocanın bu kadını mirasından mahrum etme kasdındır, kadın evlense de evlenmese de bu kasd devam ediyor demektir. Bu meselede sadece, kocanın zifâfa girdiği kadını mirasçı kılıp) zifâfa girmeden boşadığı kadını mirasçı kılmamaları da böyledir (tartışılabilir). Madem ki zifâfa girilen kadını mirasçı kabul etmenin illeti, kocanın ölüm hastalığında onu boşaması ile ona vermek istediği zarardan onu korumaktır. Öyleyse aynı zarar zifâfa girilmeyen kadının boşanmasında da mevcuttur, iki durumda da illet aynı olduğuna göre onu da mirasçı kabul etmek gerekirdi.

ÜSTÜN GÖRÜŞ

18. Muhtelif İslâm hukukçularının görüşlerinin ortaya konması ve değerlendirilmesi sonunda, bana göre, akit ve hukukî işlemlerde kasta itibar edilmesinden yana olanların görüşleri daha tercihe şayandır. Çünkü bu görüş haram kılınan şeylere ulaşan yolları kapama ve ibadet ve muamelatta niyetlere itibar etme açısından İslâm Hukukunun metodu ile uyuşmaktadır. Hakkı söyleyen Allah'tır ve O doğruyu en iyi bilendir. Alemlerin Rabbine hamd olsun.